A CONSTITUIÇÃO
DE 1988 E AS
TRANSFORMAÇÕES
DO ESTADO BRASILEIRO

idp
Instituto Brasiliense de Direito Público

Marcus Firmino Santiago e Menelick de Carvalho Netto (org.)

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO

1ª edição

Autores:

Victor da Silva Mauro

Rodrigo Lopes Nabarreto

Marcia Rideko Suzuki

Rafael da Silva Santiago

Andréia Garcia Martin

Beatriz Lima Souza

Marinella Machado Araújo

Marcus Firmino Santiago

Brasília

IDP

2013

Santiago, Marcus Firmino e CARVALHO NETTO, Menelick de
Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro. / Organização Marcus Firmino Santiago.e Menelick de Carvalho Netto – Brasília : IDP, 2013.

140p.

ISBN: 978-85-65604-18-5
DOI 10.11117/9788565604185

1. Jurisdição Constitucional. 2. Eficácia. 3. Supremo Tribunal Federal I. Título.

CDD 341.2

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

O XVI Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, realizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP entre os dias 16 e 18 de outubro de 2013, repetiu a bem sucedida experiência de sua edição anterior abrindo espaço para a organização de Grupos de Trabalho, com o que aprofunda a parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI.

Em paralelo às atividades plenárias do Congresso, que contou com a participação de juristas e autoridades, nacionais e estrangeiras, que discutiram temas referentes aos 25 anos da Constituição Federal brasileira, os Grupos de Trabalho ofereceram oportunidade para que pesquisadores de todas as partes do país apresentassem e discutissem o resultado de seus estudos, em um rico intercâmbio de ideias.

Cerca de uma dezena de trabalhos foram selecionados pelo sistema *blind review* para o GT 'A Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro', vindo agora a público aqueles apresentados por seus autores.

Temas como supremacia constitucional, direitos fundamentais e sua efetividade, omissões legislativas, relação entre constitucionalismo e Direito Administrativo em uma lógica de irradiação das normas constitucionais, foram brilhantemente apresentados por pesquisadores de diferentes níveis, estudantes e professores, em sua maioria oriundos de fora do Distrito Federal.

O GT 'A Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro' contou com a presença do professor Doutor Menelick de Carvalho Netto, professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, que com seu profundo conhecimento, vasta experiência e irretocável gentileza, contribuiu para a análise e discussão dos trabalhos apresentados.

Também participou dos debates o professor Mestre Rafael Freitas Machado, docente do curso de graduação em Direito do IDP, que igualmente trouxe conhecimentos e experiências fundamentais ao aperfeiçoamento das pesquisas ora publicadas.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo.

A troca de experiências ocorrida durante o GT certamente representou um ganho incontável, importante passo na consolidação do IDP como um espaço para produção de conhecimentos. Fundamental, portanto, agradecer a todos os participantes pelas contribuições que tanto abrilhantaram este momento, tornando possível seu êxito.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP

Coordenador do GT ‘A Constituição de 1988 e as Transformações do Estado Brasileiro’

CAPÍTULO 1

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO POR MEIO DE POLÍTICAS DE TRANSFERÊNCIA DIRETA DE RENDA: A EFETIVIDADE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS OU MERO CALEIDOSCÓPIO PARA AERRADICAÇÃO DA POBREZA?

Victor da Silva Mauro1
Rodrigo Lopes Nabarreto[2]
DOI 10.11117/9788565604185.01

RESUMO
A extrema pobreza e a miséria são algumas das formas mais violentas e cruéis de violação dos direitos humanos fundamentais, pois vetam o individuo de usufruir o mínimo existencial para uma sobrevivência digna. Frutos de um dos índices mais altos de desigualdade econômica, social e cultural do mundo, a pobreza e a miséria estão enraizadas há séculos no Brasil e possuem como principal causa à má distribuição de renda no País. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Estado foi elencado pelo Constituinte como o principal responsável pela erradicação da pobreza e pela diminuição das desigualdades sociais. No cumprimento deste dever constitucional, o Estado Brasileiro passou por profundas transformações. Nos últimos anos, visando extirpar a pobreza e a miséria, foram instituídos alguns programas de governo. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e objetivando avaliar a efetividade dos programas de transferência direta de renda, em especial, do Programa Bolsa Família, por ser este o mais atual, relevante e duradouro programa desenvolvido pelo Governo Federal, com o objetivo de erradicar a pobreza, mediante a diminuição das desigualdades sociais, foram avaliados dados econômicos, sociais e políticos, concluindo-se que, apesar da considerável diminuição dos indivíduos tidos como extremos miseráveis, o programa mostrou-se insuficiente para erradicar a pobreza e a desigualdade social, deixando de cumprir os objetivos previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Estado. Transferência direta de Renda. Bolsa Família. Desigualdade. Pobreza.

---

[1] Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Graduado em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Professor da Universidade Nove de Julho – Uninove. Advogado. E-mail: vdmauroduarte@gmail.com.

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE) – Área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade – Linha de Pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência. Especialista em Direito Empresarial (UNIFMU), Direito do Trabalho (UNICID) e Direito Constitucional (LFG). MBA em Administração Pública (UNIDERPAnhanguera). Graduado em Direito (UNICAPITAL) e Administração (UNIFAI). Graduando em Gestão de Políticas Públicas (USP). Assistente da Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo. Professor da Faculdade de Desenho Industrial de Mauá CESMA – FADIM. E-mail: nabarreto@usp.br.

ABSTRACT
Extreme poverty and misery are some of the most violent and cruel violation of fundamental human rights, as vetoing the individual to enjoy the existential minimum for a dignified survival. Fruits of the highest rates of economic inequality, social and cultural world, poverty and misery are rooted for centuries in Brazil and have mainly caused by poor distribution of income in the country with the advent of the 1988 Constitution, the State was the part listed as the main constituent responsible for the eradication of poverty and the reduction of social inequalities. In fulfilling this constitutional obligation, the Brazilian State has undergone profound changes. In recent years, aiming to eradicate poverty and destitution were imposed some government programs. Using the hypothetical-deductive method and to evaluate the effectiveness of programs of direct income transfer, in particular, the Bolsa Familia, as this is the most current, relevant and lasting program developed by the Federal Government, with the aim of eradicating poverty, by reducing social inequalities, data were evaluated economic, social and political, concluding that, despite the considerable decrease of individuals seen as extreme miserable, the program was insufficient to eradicate poverty and social inequality, leaving to fulfill the objectives set out in Article 3 of the Constitution of 1988.

Keywords: Estate. Direct transfer of income. Bolsa Familia. Inequality. Poverty.

1. INTRODUÇÃO

A pobreza e a miséria são tão antigas quanto a humanidade. Desde o princípio dos tempos, existem homens e mulheres que nascem, crescem e morrem na extrema pobreza.

Objeto de inúmeros estudos, a causa que supostamente deu origem à pobreza sempre foi uma incógnita. Ainda que se acredite que a pobreza reside na ausência de consciência moral do ser humano, apenas existindo porque o indivíduo, além de acumular para si grande parte da produção e dos recursos disponíveis, não tem a capacidade de reparti-los ou mesmo compartilhá-los com os mais necessitados. Ainda que se sustente a ideia de que a pobreza é uma condição inerente ao homem, especialmente sob o aspecto da acomodação humana, tornando-se uma escolha daqueles que optam por não fazer nada a respeito da sua própria condição de miserável. E, ainda que se afirme que a pobreza é uma escolha daqueles que não possuem determinação, objetivo e vontade suficientes para trabalhar e superar tal condição, a pobreza é um fator de suma importância, cuja observância é vital para a definição de políticas públicas e o desenvolvimento da sociedade.

Segundo Schwartzman1[3] (2004), houve épocas em que pobreza foi encarada como uma “condição social”, pois era fruto do aumento da população mundial, ou seja, da grande velocidade com que as pessoas multiplicavam, em contraste com a pouca velocidade em que crescia a produção de recursos. Independente de todos os conceitos, paradigmas e estudos desenvolvidos sobre a origem da pobreza, tão pertinente quanto discutir as causas, faz-se fundamental identificar quais as problemáticas resultantes que deveriam ser combatidas para se erradicar ou, no mínimo, reduzir os níveis de pobreza.

De fato, as teses desenvolvidas a respeito foram inúmeras. De acordo com Schwartzman[4] (2004), o problema resolver-se-ia facilmente se os pobres controlassem seus impulsos sexuais e deixassem de ter tantos filhos. Minorar-lhes a miséria só agravaria o problema, pois alimentados, eles se reproduziriam ainda mais. A melhor solução seria educá-los, para que aprendessem a se comportar, ou então deixá-los à mercê do destino, para que a natureza se encarregasse de restabelecer o equilíbrio natural das coisas.

Por mais absurda que se pareça, muitas outras teses desta natureza foram defendidas.

Sucede, no entanto, que as teses, até então desenvolvidas, foram unânimes em estabelecer a desigualdade como principal causa para o desenvolvimento e perpetuação da pobreza. E não há como negar que a desigualdade além de ser a principal causa da pobreza também é uma de suas características, pois, enquanto alguns têm muito para si, muitos outros tem muito pouco para sua subsistência. Além disso, a desigualdade reduz o ritmo de desenvolvimento humano e, em alguns casos, pode, sem sombra de dúvidas, impedi-lo por completo.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade, ante à entrada em vigor da norma constitucional, deve ser extirpada do mundo jurídico e da sociedade Moraes[5] (2009).

---

[3] SCHWARTZMAN, Simon. As causas da pobreza. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, pg. 14
[4] SCHWARTZMAN, Simon. As causas da pobreza. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, pg. 14
[5] MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 37.**Não há fontes bibliográficas no documento atual.**

De fato, a disparidade de condições, não apenas econômicas, mas também sociais e culturais tem originado ao longo da história humana conceitos peculiares de pobreza, inclusive, criando diferentes níveis ou camadas, o que levou alguns Países a estabelecerem comparativos para medir e identificar os diversos tipos de pobreza, consoante o produto interno bruto de cada Estado Nação.

Segundo Rocha[6] (2003), é possível estabelecer comparações internacionais para fins analíticos e gerais, o que nos leva a conceber uma tipologia que distingue os Países no que diz respeito ao nível de pobreza em três grupos. No primeiro agrupamento, são qualificados os países nos quais o Produto Interno Bruto não é suficiente para garantir o mínimo existencial a cada um dos seus cidadãos, ou seja, nestes Países, o Estado não é capaz de suprir aquilo que é considerado indispensável para a sobrevivência do indivíduo. Tal fato pode ser constatado mediante a simples análise da renda *per capita*[7]*,* pois esta se mostra insuficiente e a pobreza absolutamente inevitável, independentemente de como a renda nacional é distribuída.

Já no segundo grupo, formado por países desenvolvidos, o produto interno bruto, além de elevado, é corretamente distribuído. E a eventual desigualdade de renda entre indivíduos é parcialmente compensada mediante transferências de renda e/ou pela universalização de acesso a serviços públicos de boa qualidade.

Segundo Rocha[8] (2003), nesses países, as necessidades básicas dos cidadãos já são atendidas pelo Poder Público, de modo que o conceito de pobreza é relativo, eis que definida a partir do valor da renda média ou *per capita.*

Finalmente, o mesmo autor aponta a existência de um terceiro grupo de países, cuja posição é intermediaria aos grupos anteriores, sendo que, neste grupo, o montante de recursos disponíveis seria suficiente para garantir o

---

[6] ROCHA, Sônia. Pobreza no Brasil: afinal, que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, pg. 31

[7] A renda *per capita* ou renda média para cada habitante de um país, estado ou região, calcula-se dividindo a Renda total acumulado pelo numero de habitantes do país. http://www.infoescola.com/economia/renda-percapita/. Acesso em 08/08/2013 às 18h54.

[8] ROCHA, op. cit., pg. 31.

mínimo essencial a todos os indivíduos, entretanto, grande parte da riqueza produzida permanece concentrada nas mãos de poucos, de modo que a pobreza torna-se absoluta para grande parte dos cidadãos.

E o que dizer do Brasil? Em qual grupo, ou nível de pobreza o Brasil pode ser enquadrado?

Adeptos dessa divisão tripartite da pobreza, ou de "escala de pobreza" definidos por Rocha (2003), pode-se afirmar, categoricamente, que o Brasil se classifica neste terceiro grupo. Explicamos.

O Brasil é, atualmente, um País rico. Os dados obtidos do Banco Mundial[9] são claros neste sentido. Segundo exposto no sítio eletrônico do Banco Mundial, o Brasil encerrou o ano de 2012 com um Produto Interno Bruto de USD 2.252.664.120.777,00 e com uma população neste mesmo ano de 198.656.019 habitantes.

Como poderia um País, com um PIB de mais de dois trilhões de dólares, permitir que mais de 22 milhões[10] de pessoas permaneçam na mais extrema pobreza?

Para comprovar a discrepância na divisão da riqueza nacional, podemos usar os dados fornecidos pelo Banco Mundial para então chegarmos a uma estimativa de renda *per capita.* Tal desigualdade é incontroversa e pode ser observada muito claramente, mediante a simples divisão do PIB (Produto Interno Bruto) pelo número de habitantes no Brasil.

Segundo os dados acima descritos, a simples divisão de renda (PIB x Habitantes), proporcionaria uma renda por indivíduo (*per capita*) de USD 11.339,52 por ano.

Rocha[11] descreve que, para uma divisão mais adequada e real da produção do País, a distribuição de renda por habitante não seria tão eficiente quanto à distribuição de renda por família[12], também denominada *"per família"*:

---

[9] http://www.worldbank.org/pt/country/brazil. Acesso em 08/08/2013 às 11h50.
[10] BRASIL, http://www.brasilsemmiseria.gov.br/documentos/Folder_MDS.pdf. Acesso em 11/08/2013 às 13h43
[11] ROCHA, op. cit., pg. 36
[12] A renda da família é calculada a partir da soma do dinheiro que todas as pessoas da casa ganham por mês, como por exemplo, salários e aposentadorias. Esse valor deve ser dividido

> O bem-estar das pessoas não depende apenas de suas rendas individuais, mas, principalmente, do resultado da repartição intrafamiliar da renda de todos os membros de cada grupo familiar. Assim, a mensuração da pobreza como insuficiência de renda e da desigualdade de renda, proxies do nível e da distribuição do bem-estar, esta mais associada à renda familiar, resultado da dinâmica distributiva da família como unidade solidária de consumo e rendimento, do que às rendas individuais.

Portanto, seguindo o índice de cálculo da renda *"per família",* enquanto coeficiente para uma divisão mais apropriada e real da produção do País, valendo-se, porém, da renda per capita de USD 11.339,52 por ano, concluiríamos que, a título de amostragem, uma família Brasileira com até 4 (quatro) pessoas, poderia usufruir de uma renda mensal de aproximadamente R$ 7.853,44[13] (conversão de R$ 2,007[14]).

Desta forma, mediante um cálculo simples, podemos concluir que a renda familiar nacional mostra-se mais que suficiente para suprir todas as necessidades básicas dos cidadãos brasileiros, eis que referida renda familiar, na prática, superaria em até dez vezes mais o valor do salário mínimo do ano Base de 2012 que, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 7.655, de 23 de Dezembro de 2011[15], era de R$ 622,00.

Assim, embora a redução da pobreza absoluta não dependa exclusivamente do crescimento da renda, mas também da melhoria distributiva desta, nas palavras de Rocha[16] (2003), torna-se imperativo fazer algo a respeito, especialmente "por uma questão óbvia de justiça social".

Em que pese a simplicidade dos cálculos realizados e, ciente da relatividade do resultado obtido, é certo que no Brasil, esta é uma realidade que precisa ser enfrentada pelo ordenamento jurídico, especialmente em

---

pelo número de pessoas que vivem na casa, obtendo assim a renda per capita da família. Disponível em http://www.infoescola.com/economia/rendaper- capita/. Acesso em 08/08/2013 às 18h54.

[13] Cotação média mensal do dólar dos Estados Unidos da América, para compra/venda, correspondente a R$ 2.0772, segundo Ato Declaratório Executivo COSIT nº. 1, de 2 de Janeiro de 2012, que divulga a cotação média do dólar dos Estados Unidos da América no mês de dezembro do ano-calendário de 2012, para efeito da apuração do ganho de capital na alienação de moeda estrangeira mantida em espécie.

[14] http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AtosExecutivos/2013/COSIT/ADCosit001.htm. Acesso em 08/08/2013 às 12h23.

[15] BRASIL, http://www.portalbrasil.net/salariominimo_2012.htm. Acesso em 08/08/2013 às 12h30.

[16] ROCHA, op. cit., pg. 35

defesa daqueles que nascem, crescem e vivem na mais extrema pobreza, que ocorre quando a falta de meios materiais para satisfazer necessidades básicas é imposta e reforçada por uma profunda exclusão e negação de direitos levando ao não reconhecimento da dignidade humana (BRASIL, 2013)[17].

Dever-se-ia ir além, buscando o direito a uma existência digna Silva[18] (2009). É inquestionável que, em um País com tantos recursos, suficientes para todos, um nível tão grande de desigualdade não pode existir.

A Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou neste ano de 2013, de forma experimental, o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Os últimos dados do Brasil, levantados em 2006, mostraram que 2,7% da população viviam em pobreza multidimensional.

O Brasil, com um IDH de 0,73, mantém-se na 85ª posição no *ranking* mundial do Índice de Desenvolvimento Humano, que é a referência mundial para avaliação do desenvolvimento humano a longo prazo.

Importante frisar que, entre 1980 e 2012, o valor do IDH brasileiro cresceu de 0,522 para 0,730. Entretanto, diante do atual cenário, em especial em razão das políticas públicas definidas e executadas hodiernamente, é certo que algo precisa ser feito.

2. O ESTADO E SEU DEVER CONSTITUCIONAL

Ao examinarmos parte das causas da pobreza, bem como as medidas necessárias ao seu combate, torna-se imprescindível analisar, prioritariamente, a Constituição da República de 1988.

Nota-se que a Constituição da República traz, desde o seu intróito até os artigos finais, inúmeros direitos e garantias individuais e sociais, incumbindo, ainda, ao Estado ser o garantidor e provedor destes direitos.

Citem-se, como precípuos e fundamentais, os previstos no artigo 3º da Carta Maga, cujo conteúdo estatui como “objetivos fundamentais da República

---

[17] http://rio20.net/pt-br/propuestas/erradicacao-da-extrema-pobreza-condicao-para-sustentabilidade/. Acesso em 12/08/2013 às 17h38.

[18] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 198

Federativa do Brasil", o dever de erradicar a pobreza e o de reduzir as desigualdades sociais.

Vejamos:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do
> Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.19

De fato, o Estado, no Estado Democrático de Direito[20], tem a função e o dever de garantir direitos fundamentais mediante o fornecimento de prestações de serviços públicos de caráter assistencialista, cujo fornecimento visava garantir a subsistência dos que não possuem condições para sobreviver com o mínimo de dignidade.

Entretanto, a própria Constituição, conforme é possível observar, elenca concomitantemente com o dever de erradicar a pobreza o dever de reduzir as desigualdades sociais e regionais, o que nos leva a concluir que não é possível alcançar um objetivo sem o outro.

Assim, com a promulgação da Constituição de 1988, podemos afirmar que um grande passo foi dado rumo à erradicação da pobreza no Brasil. Não bastasse elencar a erradicação da pobreza como um dos objetivos principais a serem cumpridos, como dito outrora, também o constituinte elencou o Estado como curador destes direitos.

Tal intervenção Estatal é de toda oportuna, pois o Brasil tem sofrido durante séculos com a má distribuição de renda, por ter um grande número de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza.

Viver abaixo da linha da pobreza é viver sem o mínimo existencial para sobreviver dignamente.

[19] BRASIL, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08/08/2013 às 20h49

[20] REIS, Anna Carolina Gomes. *Aspectos Jurídicos e Sociais dos Programas de Renda Mínima instituídos no Brasil*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do COMPEDI realizado em Florianópolis – Outubro 2010.

Neste tocante, o artigo 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem[21], de 1948, faz alusão ao que entende como mínimo existencial, a saber, as condições mínimas necessárias a possibilitar uma existência que respeite a dignidade a ele inerente.

> Artigo 25 - Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários.

De fato, caso as necessidades humanas básicas não sejam atendidas, o indivíduo não tem como fruir da condição de "cidadão", pois o exercício da democracia exige certo grau de independência econômica e de segurança para todos – é a chamada exclusão social.

Na visão de Piovesan[22] (2006), "a globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social".

Como forma de conter esses altos índices que, durante séculos fizeram parte da sociedade brasileira, surgem, através da implementação de políticas sociais, os chamados Programas de Transferência de Renda que visam responder, ainda que de forma tímida e limitada, o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades sociais.

Dentre algumas destas espécies de políticas públicas adotadas, selecionamos especificamente o Programa Bolsa Família, para se constituir o objeto de análise, tendo em vista que este é, atualmente, um dos principais instrumentos de combate a pobreza utilizado pelo Governo Federal no Brasil.

Mas será que esta modalidade de política assistencialista e, mais especificamente, da transferência direta de renda, é capaz de proporcionar a efetividade esperada do Estado no que tange a obrigação impingida pela Constituição Federal?

Mais do que efetividade Estatal: será que este programa consegue cumprir a missão constitucional de garantir o mínimo existencial aos cidadãos

---

[21] BRASIL, http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 08/08/2013 às 20h55

[22] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2006, pg. 27

e, concomitantemente, reduzir as desigualdades sociais a ponto de erradicar a pobreza?

O Programa Bolsa Família pode ser considerado como um instrumento de transformação do Estado Brasileiro em busca da efetivação do objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais?

Passemos à pesquisa.

3 A TRANSFERÊNCIA DIRETA DE RENDA E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

O Programa Bolsa Família[23] é um programa de transferência direta de renda com condicionalidades[24], que beneficia famílias em situação de pobreza e extrema pobreza, de acordo com a Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e o Decreto nº 5.749, de 11 de abril de 2006.

O Programa Bolsa Família unificou todos os benefícios sociais, tais como Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio Gás[25], do Governo Federal, num único programa. O objetivo foi dar proteção integral a todo grupo familiar, além de reduzir custos operacionais.

Referido programa é destinado às famílias em situação de pobreza, com renda *per capita* de até R$ 120,00 mensais, que associa à transferência do benefício financeiro ao acesso aos direitos sociais básicos – saúde, alimentação, educação e assistência social.

Seu principal objetivo, quando da sua criação, foi o de combater a miséria e a exclusão social, por meio da transferência do benefício financeiro,

---

[23] BRASIL, http://www.portaltransparencia.gov.br/aprendaMais/documentos/curso_bolsafamilia.pdf. Acesso em 11/08/2013 às 20h18.

[24] As condicionalidades são os compromissos nas áreas da Educação, da Saúde e Assistência Social assumidos pelas famílias e que precisam ser cumpridos para que elas continuem a receber o benefício do Bolsa Família.
• Educação: freqüência escolar de 85% para crianças e adolescentes entre 6 e 15 anos e de 75% para adolescentes entre 16 e 17 anos.
• Saúde: acompanhamento do calendário vacinal e do crescimento e desenvolvimento para crianças menores de 7 anos, pré-natal das gestantes e acompanhamento das nutrizes.
• Assistência Social: acompanhamento de ações socioeducativas para crianças em situação de trabalho infantil.

[25] O auxílio Gás foi criado pela MP 18/2002, enquanto o Bolsa Alimentação foi criado pela MP 2206/2001.

garantindo aos beneficiários acesso a direitos sociais básicos como a saúde, educação, assistência social e segurança alimentar, além de promover a inclusão social contribuindo para a emancipação das famílias consideradas pobres e extremamente pobres.

Os valores distribuídos pelo Governo Federal, através do Programa Bolsa Família, variam de R$20,00 (vinte reais) a R$182,00 (cento e oitenta e dois reais), de acordo com a renda mensal por pessoa da família e o número de crianças e adolescentes até 17 anos.

O Programa Bolsa Família possui três tipos de benefícios: o Básico, o Variável e o Variável Vinculado ao Adolescente. O Benefício Básico, de R$ 62,00 (sessenta e dois reais), é pago às famílias consideradas extremamente pobres, aquelas com renda mensal de até R$ 60,00 (sessenta reais) por pessoa (pago às famílias mesmo que elas não tenham crianças, adolescentes ou jovens).

Já o Benefício Variável, de R$ 20,00 (vinte reais), é pago às famílias pobres, aquelas com renda mensal de até R$ 120,00 (cento e vinte reais) por pessoa desde que tenham crianças e adolescentes de até 15 anos. Cada família pode receber até três benefícios variáveis, ou seja, até R$ 60,00 (sessenta reais).

Por fim, o Benefício Variável Vinculado ao Adolescente, de R$ 30,00 (trinta reais), é pago a todas as famílias do Programa Bolsa Família que tenham adolescentes de 16 e 17 anos frequentando a escola. Cada família pode receber até dois benefícios variáveis vinculados ao adolescente, ou seja, até R$ 60,00 (sessenta reais).

De fato, o Programa Bolsa Família surgiu como expectativa, segundo o atual Governo, capaz de minimizar a pobreza no Brasil. Defende-se que um importante resultado trazido pelo programa de transferência de renda Bolsa Família é que, além de beneficiar as famílias pobres com um aumento substancial em sua renda, também propiciou um maior volume de dinheiro em circulação nos municípios cadastrados no programa.

De fato, com o aumento do poder de compra, o beneficiário tende a consumir mais, ainda que bens supérfluos, o que permite uma maior

arrecadação tributária, bem como distribuição da riqueza com sua comunidade e a movimentação da economia brasileira.

Outro aspecto do programa, defendido como positivo, diz respeito ao fato de que sua concessão é condicionada, ou seja, para usufruir do benefício, as famílias necessitam cumprir com compromissos assumidos nas áreas da assistência social, da saúde e da educação.

De fato, o Programa Bolsa Família já esta na ativa desde 2004 e, desde então, tem contribuído substancialmente para a redução das desigualdades e, principalmente, da redução de índices de extrema miséria e pobreza. Segundo dados obtidos do sítio da Transparência, os valores investidos, ano a ano, para distribuição direta de renda tem aumentado substancialmente, o que reflete não apenas uma maior produção interna nacional, mas também maior adesão dos municípios que vivem em extrema pobreza, possibilitando inserção social e econômica dos beneficiários.

Apenas a título de exemplo cite-se o total destinado à ação Transferência de Renda Diretamente às Famílias em Condição de Pobreza e Extrema Pobreza, nos termos da Lei nº 10.836 de 2004, no ano de 2012[26], foi de R$ 20.288.877.787,33. Referida quantia representa um aumento exponencial de mais de 300% de investimentos nos últimos 8 anos, tendo em vista que no ano de 2004[27], foram investidos pelo Governo Federal um total de R$ 5.533.257.937,91 no Programa Bolsa Família, ou seja, na medida em que as riquezas do País aumentam, gradativamente, (2004-2012) o número de beneficiários, assim como o valor da transferência direta de renda também tem logrado um aumento considerável.

As “condicionalidades” impostas pelo Programa Bolsa Família aos beneficiários também desenvolvem um papel importante na erradicação da pobreza extrema, não apenas a curto prazo, mas também a médio e longo prazo. Isto porque, além de proporcionar alívio às famílias beneficiadas,

[26] http://www.portaltransparencia.gov.br/. Acesso em 10/08/2013 às 20h28.

[27] http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalTransparenciaPesquisaAcaoUF.asp?codigoAcao=006O&codigoFuncao=08&NomeAcao=Transfer%EAncia+de+Renda+Diretamente+%E0s+Fam%EDlias+em+Condi%E7%E3o+de+Pobreza+e+Extrema+Pobreza+%28Lei+n%BA+10%2E836%2C+de+2004%29&Exercicio=2004. Acessoem 10/08/2013 às 20h23.

mediante a satisfação imediata de bens necessários à sua subsistência como alimentos, remédios e despesas essenciais, o Programa Bolsa Família, ao exigir um mínimo de frequência escolar e cuidados com a saúde, provoca um impacto no futuro da próxima geração, pois as crianças terão educação de base e saúde necessárias para aumentarem sua expectativa de vida.

Ainda, o programa é capaz de diminuir consideravelmente a quantidade de crianças inseridas compulsoriamente no mercado de trabalho infantil, pois milhares de crianças são obrigadas a permanecer na escola, devidamente matriculadas, para que sua família possa usufruir do programa bolsa da família. A qualificação profissional dos adultos beneficiários do programa também é fundamental.

Segundo Cartilha do Plano Brasil Sem Miséria[28], em 2012, cerca de 267 mil pessoas de baixa renda e pouca escolaridade matricularam-se nos cursos do PRONATEC[29], programa de qualificação técnica para os beneficiários do Brasil Sem Miséria[30].

Este é um número ainda muito pequeno, até mesmo inexpressivo, se comparado com as 36 milhões de pessoas que utilizam o benefício Bolsa Família (até 2011), contudo, possuem o condão de profissionalizar pessoas que anteriormente viviam abaixo da linha da miséria.

Entretanto, o Programa Bolsa da Família, apesar de todos os aspectos positivos ora citados, não é unanimidade entre os Brasileiros no que tange a popularidade, especialmente por ser alvo atualmente de severas discussões acerca da sua efetividade, bem como quanto a eficácia no tocante a missão que lhe foi proposta: a erradicação da pobreza e da miséria.

---

[28] BRASIL, Cartilha do Plano Brasil sem Miséria, disponível no http://www.brasilsemmiseria.gov.br/documentos/Folder_MDS.pdf. Acesso em 11/08/2013 às 14h50.

[29] Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego do Plano Brasil Sem Miséria (PRONATEC). O Pronatec BSM tem cursos ministrados por escolas do nível de SENAI, SENAC e Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia, Entre eles, operador de computador, eletricista, cuidador de idoso, recepcionista, pedreiro e costureiro industrial. Disponível no http://www.brasilsemmiseria.gov.br/documentos/Folder_MDS.pdf. Acesso em 11/08/2013 às 14h50

[30] BRASIL, http://www.brasilsemmiseria.gov.br/documentos/Folder_MDS.pdf. Acesso em 11/08/2013 às 14h03

4 O CALEIDOSCÓPIO: UMA VISÃO DO FUTURO

O atual Governo Federal comemora uma luta que acredita ser vitoriosa contra a pobreza e a miséria existentes no Brasil[31]. E de fato, há motivos para comemorar, pois o País enfrenta um excelente momento econômico, o que possibilitou que inúmeros Brasileiros deixassem de pertencer à categoria de extremos miseráveis.

Não há como negar que o Programa Bolsa Família proporcionou que inúmeros brasileiros, com renda *per capita* inferior a R$ 70,00, fossem excluídos de uma classe de miseráveis extremos. Tal atitude angariou elogios da comunidade internacional de defesa dos direitos humanos, pois o Brasil logrou êxito em extirpar a mais baixa das classes da pobreza.

A pergunta, no entanto, que não quer calar é: se tais brasileiros, beneficiários do programa, abandonaram a categoria dos "extremos miseráveis", o que se tornaram?

A resposta a esta pergunta já sabemos.

Neste aspecto, não é preciso desenvolver estudos minuciosos sobre o tema, tampouco levantar dados e pesquisas científicas que comprovem tal assertiva. É fato mais do que notório que, àqueles beneficiados com o programa obterão alivio imediato com o repasse governamental.

Entretanto, o Programa Bolsa Família não é, por si mesmo, eficaz o suficiente para retirar o miserável da condição de miserabilidade, pois ele não ataca diretamente as causas da desigualdade.

Como vimos no começo do presente artigo, as características que alimentam a "eternização" da pobreza em nosso País possuem raízes profundas na desigualdade econômica e social. A má distribuição de renda no Brasil, fruto de um dos maiores índices de desigualdade já medidos em países de todo o mundo, não poderá ser sanada senão com medidas que, combinadas com outras políticas públicas nos setores econômicos e sociais,

[31] Segundo o atual governo e gestor do programa Bolsa Família, "em março de 2013, os últimos brasileiros do Bolsa Família que ainda viviam na miséria transpuseram a linha da extrema pobreza. Segundo dados apresentados pelo Governo, 22 milhões de pessoas superaram essa condição desde o lançamento do Plano". Revista O Fim da Miséria é só o Começo, disponível em http://www.brasilsemmiseria.gov.br/. Acesso em 13/08/2013

culturais e educacionais, possibilitem o desenvolvimento e emancipação das classes excluídas.

Uma política assistencialista de transferência direta de renda, assim como o Programa Bolsa Família, quando eternizada, exclui o beneficiário de outras políticas capazes de melhorar sua condição de vida e dignidade, pois o beneficiário permanece afastado da previdência social, do FGTS, do salário mínimo e de outras garantias constitucionais.

Não bastasse isso, os recursos fornecidos pelo Programa Bolsa Família também não se mostram suficientes para abarcar gastos satisfatórios com saúde e educação. Isto se dá pelo fato de que parte da desigualdade existente no Brasil ser predominantemente regional.

Isto se deve, em parte, ao fato de que o Programa Bolsa Família é capaz apenas de tirar da linha de extrema pobreza os indivíduos residentes nas áreas rurais, especialmente do Norte e Nordeste do País.

Já nas áreas urbanas e metropolitanas das demais regiões do País, no entanto, o Programa Bolsa Família não é capaz de “promover” da extrema pobreza e miséria, haja vista o alto custo de vida, o necessário poder aquisitivo no mercado de consumo e a concentração de renda em tais regiões, o que eleva o custo de vida dos seus habitantes.

O programa Bolsa Família, mesmo que influencie no desenvolvimento econômico, eis que diminui os índices de pobreza extrema em nível nacional e internacional, não se mostra suficiente para cumprir com os objetivos previstos na Constituição Federal.

Ressalta-se que o programa esta longe de assegurar as pessoas uma real existência digna, aos moldes do artigo 3º da Constituição Federal. A defesa das garantias essenciais previstas na Carta Constitucional integra e é alicerce dos direitos humanos fundamentais.

Partindo de tais aspectos, poder-se-ia questionar a efetividade do programa Bolsa Família e se ele é capaz de agir legitimamente em defesa e promoção dos direitos humanos fundamentais, tais como o direito a vida e a uma existência digna.

Segundo Piovesan[32] (2006), a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão, ou seja, a implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade destes direitos, acrescidas do valor da diversidade.

De fato, crescimento econômico não se traduz, por si só e automaticamente, em progressos no desenvolvimento humano. O que se deve almejar, como meio de redução das desigualdades, é o desenvolvimento humano, mediante a busca incansável da equidade e igualdade.

Toda a pessoa tem o direito de viver uma vida plena de acordo com seus próprios valores e aspirações. Ninguém deve ser condenado a uma vida curta ou a ser miserável, por ter nascido na classe ou em uma localidade, etnia ou raça “errados” (PNUD, 2013[33]).

Esta almejada igualdade somente poderá ocorrer com a adoção de políticas em prol dos mais desfavorecidos e com investimentos significativos no reforço das capacidades dos indivíduos – com ênfase na alimentação, educação, saúde, e qualificações para o emprego.

O pobre precisa de ferramentas e instrução que lhe proporcione acesso a um trabalho digno e, por si mesmo, alcance um progresso duradouro para si e para sua família.

O Brasil, apesar da forte economia nos últimos cinco anos, segundo relatório de desenvolvimento humano de 2013, frise-se, apresentou um IDH[34] (Índice de desenvolvimento humano) em 2011/2012 estável, ocupando a 85ª posição, ficando muito atrás de países como Cazaquistão (69ª posição), Cuba (59ª posição) e a Venezuela (71ª posição).

Para aumentar o índice de desenvolvimento humano elaborado pelo PNUD[35], é necessário adequar-se a padrões comparativos a serem

---

[32] PIOVESAN, op. cit., pg. 14.
[33] BRASIL, http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf. Acesso em 18/08/2013 às 18h49.
[34] BRASIL, http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013-resumo.pdf. Acesso em 18/08/2013 às 18h38
[35] BRASIL, Desenvolvimento e direitos humanos: diálogos no fórum social mundial. São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002, pg. 54

homogeneizados em nível mundial, tais como melhoria na qualidade e expectativa de vida, de saúde, de educação, de sustentabilidade ambiental, de direitos sociais, dentre muitos outros.

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2013[36], uma das principais prioridades do mundo é a erradicação da pobreza e da fome. Trata-se do primeiro dos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

O Brasil não pode ter prioridade diferente. Por ser um dos Países signatários do Pacto de São José da Costa Rica[37], e por afirmar perante a comunidade internacional ser um País comprometido com os Direitos Humanos Fundamentais, deve adotar tal postura como um dos seus principais objetivos.

CONCLUSÃO

Foi abordado no presente artigo que, no Brasil, assim como em outros Países, existem recursos materiais, humanos e institucionais suficientes para pôr termo à pobreza. O que é necessário, no entanto, são ações concretas de prevenção e erradicação da pobreza, que removam as causas e minimizem os efeitos da desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Falta, em primeiro lugar, uma consciência esclarecida acerca das causas geradoras da pobreza e uma motivação coletiva forte para as ultrapassar[38]. E a pobreza é uma imposição artificial nos seres humanos e não algo oriundo da sua própria natureza. Em um país como o Brasil, a erradicação da pobreza merece ser colocada no centro das políticas públicas.

E recursos não faltam.

Sucede, no entanto, que políticas de repartição do rendimento mediante transferência direta, ainda que de forma condicionada, por si mesmas, não se mostram suficientes para erradicar a pobreza, tampouco

---

[36] Relatório de Desenvolvimento Humano em 2013, Pg. 27. Disponível em http://hdr.undp.org. Acesso em 10/08/2013 às 19h20.

[37] Decreto nº 678/1992, Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

[38] BRASIL, A criminalização da pobreza – Relatório sobre as causas Econômicas, Sociais e Culturais da tortura e de outras formas de Violência no Brasil. Disponível no sítio eletrônico http://www.omct.org/files/2010/10/20938/addressing_the_criminalisation_of_poverty_brazil_por. pdf. Acesso em 20/08/2013

diminuir as desigualdades sociais, conforme instituído pela Constituição Federal.

Ainda que a distribuição direta de renda condicione parte da população pobre a manter seus respectivos filhos na escola, como condição precípua para a manutenção do benefício, ainda assim, grande parte das famílias tidas como extremos miseráveis não terão condições de melhorar sua qualidade de vida, caso não sejam realizados investimentos em outras áreas sociais.

Os índices internacionais, apesar de servirem como "norte" para o desenvolvimento dos trabalhos neste campo, não podem ser o centro das atenções do poder público.

Não se pode permitir, ainda, que o Estado transforme programas de transferência direta de renda em "jargões" políticos que prometam uma resolução mágica para o problema da pobreza e da miséria, pois uma política assistencialista, se aplicada desta forma, além de transmitir uma falsa ideia de progresso e desenvolvimento humano, pode alienar a população beneficiária, condicionando-a a "eternizar" no Poder determinados partidos políticos, mediante voto de cabresto[39].

Ademais, distribuir renda, ainda que desta possibilite que uma faixa da população brasileira que viva na extrema pobreza consiga dobrar, ou até mesmo triplicar seus rendimentos, permitindo seu acesso a insumos básicos para sua subsistência, deve vir acompanhada de outras políticas públicas[40].

Promover uma educação de qualidade, proporcionar saúde e atendimento médico a todos os pobres e miseráveis; realizar investimentos na criação de empregos, seja por meio da produção de bens ou prestação de serviços, atrelados ao desenvolvimento humano, seriam medidas necessárias e imperiosas para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, repisando, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais.

---

[39] Voto de Cabresto é o voto preso pelo compromisso do eleitor, geralmente sem informação e analfabeto político, cuja escolha foi previamente definida pelo "Coronel". (Definição por PENNA, Lincoln de Abreu, *AUTO-HISTÓRIA – A intervenção no Social*, 2ª Ed. Ampl. – Rio de Janeiro: E-papers, 2008).
[40] A inclusão social proposta pelo Autor pressupõe que o pobre e o miserável não apenas participe e usufrua das riquezas geradas na Nação, mas também se qualifique e participe na produção de riqueza. Deve ser criados mecanismos políticos que possibilitem a emancipação à pobreza

O Estado esta em débito com sua população pobre e miserável, “débito” este que já se arrasta por gerações.

E essa conta não pode ser paga com esmolas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Desenvolvimento e direitos humanos: diálogos no fórum social mundial.

São Paulo: Peirópolis; ABONG, 2002, pg. 54.

COSTA, Aldacy de Paiva, Políticas públicas: programas sociais federais de Transferência de renda – bolsa Família, monografia apresentada em 2005, João Pessoa.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NALINI, José Renato. Há esperança de justiça eficiente? in SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBA, Orides (coord.) Justiça e [o paradigma da] eficiência. Coleção Justiça, Empresa e sustentabilidade. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo: Atlas, 2011.

PENNA, Lincoln de Abreu, AUTO-HISTÓRIA – A intervenção no Social, 2ª Ed. Ampl. – Rio de Janeiro: E-papers, 2008

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

Relatório de Desenvolvimento Humano em 2013, Pg. 27. Disponível em http://hdr.undp.org. Acesso em 10/08/2013 às 19h20.

ROCHA, Sônia. Pobreza no Brasil: afinal, que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

REIS, Anna Carolina Gomes. Aspectos Jurídicos e Sociais dos Programas de Renda Mínima instituídos no Brasil. Trabalho publicado nos Anais do XIX Congresso Nacional do COMPEDI realizado em Florianópolis – Outubro 2010.

SCHWARTZMAN, Simon. As causas da pobreza. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CAPÍTULO 2

ANÁLISE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMAMENTAIS: A NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS PELO JUDICIÁRIO

Marcia Rideko Suzuki[41]
DOI 10.11117/9788565604185.02

RESUMO: Ao longo do tempo as decisões judiciais sofreram várias transformações no que diz respeito às omissões legislativas frente aos direitos fundamentais, estas mudanças sem dúvidas são fruto da evolução do direito, principalmente no que tange a força que a Constituição Federal de 1988 ganhou diante do ordenamento jurídico nacional. A referida importância cominou em um novo movimento o qual podemos chamar de neoconstitucionalismo, o presente estudo pretende demonstrar os problemas causados pela morosidade do Legislativo e Executivo frente às normas de eficácia limitada, pois diante desta nova corrente evolutiva surgiram novos posicionamentos para o problema, assim o Poder Judiciário diante da mora desarrozoada dos órgãos estatais, faz valer os direitos previstos no bojo da Carta Cidadã, não ficando mais a população prejudicada, por falta de cumprimento da tarefa que os Excelsos poderes se comprometeram a cumprir.

ABSTRACT: Over time the judgments were several changes with regard to legislative omissions forward to fundamental rights, no doubt these changes are the result of the evolution of the law, especially regarding the force that won the 1988 Federal Constitution before the law national. Such importance cominou in a new movement which we call neoconstitutionalism, this study aims to demonstrate the problems caused by the slowness of the legislative and executive rules ahead of limited effectiveness, as before this new evolutionary chain where new placements to the problem, so the Judiciary on

---

[41] Bacharelanda do 4º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV, sob a orientação da Profª M.Sc. Andréia Garcia Martin, titular da mesma instituição da disciplina de Direito Constitucional.

the lives desarrozoada of state agencies, does exercise the rights provided in the wake of the Citizens Charter, not getting the population affected by the lack of fulfillment of the task that exalted powers pledged to meet.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia das Normas Constitucionais; Omissões Legislativas; Atuação do Judiciário; Mandado de Injunção.

KEYWORDS: Effectiveness of Constitutional Standards, Legislative Omissions; Role of Judiciary; Writ of Injunction

---

INTRODUÇÃO

"Impossível progredir sem mudança, e aqueles que não mudam suas mentes, não podem mudar nada".

George Bernard Shaw - Dramaturgo irlandês

Antes da Constituição de 1988, o Brasil vivia em um ambiente ditatorial, em que os direitos humanos eram frequentemente violados.

O texto de 1988, "promoveu de maneira bem sucedida, a travessia do Estado Brasileiro de um regime autoritário, intolerante e por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito."[42]

A partir desta constituição surgiu o movimento denominado como Neoconstitucionalismo, a luz deste, observou-se um grande avanço no direito brasileiro, pois sua característica marcante é a proteção do texto constitucional.

Assim, o controle de constitucionalidade expandiu-se adquirindo dois novos instrumentos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

> Ambos pressupõe a existência de um direito constitucional da parte de quem os invoca e, mais do que isso, a impossibilidade

[42] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.3

> de exercê-lo, por falta de uma legislação integradora do Texto Supremo[43]

Neste sentido, sob a influência dos raios constitucionais, o Supremo Tribunal Federal adquiriu comportamento que ultrapassou os limites nunca antes transpostos, passou ele mesmo a conceder o direito buscado através da decisão judicial.

Na opinião de alguns autores esta atitude fere a separação dos poderes e deve ser considerada ilegítima.

Entretanto, o que se deve observar é que o Direito não é mais limitado, e que é permitido transcender seus limites desde que observados os princípios fundamentais.

Nesta senda, o presente estudo apresentará de maneira tímida os poderes do Estado, os tipos de norma na classificação do José Afonso da Silva, o controle de constitucionalidade no âmbito da esfera federal, e de maneira profunda o trabalho tratará da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandato da injunção.

Deste ponto, apresentaremos as soluções que vêm sendo adotadas sob o enfoque do pós-positivismo, no afã de tornar concreto os direitos fundamentais constitucionalmente dispostos.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO: O NOVO *ALICERCE* CONSTITUCIONAL

O Neoconstitucionalismo, não é fenômeno novo, nem muito menos instantâneo, ele é proveniente de diversos marcos – histórico, teórico e o filosófico[44] que o delinearam desde meados do século passado, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Contudo, possui traço marcante no que remonta uma maior relevância ao ser humano, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

[43] CARRAZZA, Roque Antonio. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.36

[44] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.p. 2

Em solos nacionais vislumbra-se como marco inicial a Constituição Federal de 1988, a partir daí, o Direito passou por transformações, que cominaram em importantes e alvissareiras decisões do Judiciário.

O movimento tem como principais características o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova forma de interpretação.

Desta forma, "uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi à atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica."[45], com isto, ela ficou mais influente, e todo o direito passou a ser pautado pelos seus princípios.

Neste cotejo, vislumbra-se que:

> [...] a constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Assim, mesmo sendo previsto um direito, no corpo da Carta Magna, estes ficavam a mercê da vontade dos poderes do Estado, já que não exercitava influência suficientemente forte, capaz de compeli-los a agir.

Diante da supremacia da Constituição Federal e da importância do seu conteúdo, tornou-se necessário uma maior proteção aos bens jurídicos, assim, surgiu à expansão da jurisdição constitucional.

A dilatação do rol dos legitimados a impetrar a ação referente ao controle de constitucionalidade ampliou o âmbito do mecanismo, cominando em novas técnicas como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

> No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta),

[45] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.).

> destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado
> –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi à ampliação do direito de propositura [13]. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade [14] e a regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental. [46]

Concernente à nova forma de interpretação, esta se fez necessária, diante da insuficiência dos métodos tradicionais de atingirem a finalidade da Lei Maior, assim o novo método não mais baseado na subsunção, vai além, e permite ao aplicador do direito deixar de aplicar uma norma diante de um caso subjudice, por ofender um princípio constitucional.

Desta forma, ao mesmo tempo em que é restritiva é liberatória, pois diante de um caso concreto o juiz pode deixar de aplicar a lei fria, e restritiva, pois deve manter suas decisões dentro do estabelecido pelo texto de 1988.

> Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao **papel da norma**, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao **papel do juiz**, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co- participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.[47]

Desta forma, referente à síndrome da inefetividade das normas constitucionais, as decisões do Judiciário têm sido um reflexo do pós-

[46] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.).

[47] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.9

positivismo, pois é nítida a flexibilidade com que tem sido tratado o princípio da separação de poderes.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem inúmeras definições para o que são direitos fundamentais, talvez pela sua difícil conceituação, importância, ou simplesmente pela sua beleza, já que sua essência consiste em garantir tudo que viabiliza a vida digna.

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[48]

____

Nesta senda, verifica-se sua importância, já que, não surgiram do nada nem de uma hora pra outra, pelo contrário, foram anos de muita luta para que fossem alcançados.

> O reconhecimento dos direitos fundamentais adquiriu um caráter cumulativo, fruto de constantes reivindicações concretas dos indivíduos geradas por situações de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.[49]

Assim, observa-se que os direitos fundamentais foram defendidos com grande determinação, diante das maiores opressões ao longo da história, isto porque, não são meramente pressupostos quaisquer, trata-se de requisito fundamental para o provimento da vida, sendo indispensáveis para sua manutenção.

> Os direitos fundamentais revelam valores supremos do ser humano na promoção de sua dignidade, ou seja, são normas revestidas de uma fundamentalidade não só diante do ordenamento jurídico, mas como paradigma ao homem na efetividade de seu bem- estar individual e social.[50]

[48] PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2013. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414 > Acesso em: 02 set.2013

[49] DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 19

[50] DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 17.

É notável a importância que a Carta Magna deu a pessoa humana e seu bem-estar, sendo um avanço diante das outras constituições, que no início prezavam os princípios liberais, depois foram extremamente ditatoriais, ate chegarem à atual fase.

> A relação entre as Constituições Brasileiras e os direitos fundamentais tem evoluído, estes passaram a serem princípios e objetivos do Estado para a construção de uma sociedade mais justa e fraterna.
> Entretanto, o caminho para implantação desses direitos ainda é longo, existe um grande número de normas constitucionais que ainda dependem de regulamentação e nos leva a acreditar que a eficácia da Constituição é uma luta cívica que deve ser abraçada por todos os brasileiros comprometidos com o progresso e o desenvolvimento do país.[51]

A humanidade percorreu longo caminho para alcançar os direitos fundamentais, passou por momentos tormentosos, até chegar aqui, então nunca se deve descansar da tarefa de garanti-los, pois seria um tremendo desrespeito com todas as pessoas que deram suas vidas para consegui-los.

4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A teoria da Separação de Poderes difundida pelo mundo jurídico em geral "foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles"[52]

Este filósofo, observando as atividades do rei, percebeu que este exercia três funções distintas, legislava, executava e julgava. Assim, "Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa".[53]

O que era muito ruim, pois todo o poder fica concentrado nas mãos de uma única pessoa, nesses modelos de governo as injustiças são frequentes. "Dessa forma, Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o

[51] TEIXEIRA, Maria Cristina; ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine. **Os Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas- ims/index.php/RFD/article/viewFile/3542/3199 > Acesso em: 02 set. 2013

[52] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481

[53] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481

exercício de três funções estatais distintas, apesar de exercidas por um único órgão”.[54]

Em complemento, ou melhor, pretendendo seu desenvolvimento:

> [...] Montesquieu desenvolveu outra teoria, muito próxima com o pensamento do Aristóteles, a única diferença consiste na descentralização do poder nas mãos de um único polo, parece pouco, no entanto é de importância fundamental para que se atinja um verdadeiro Estado de Direito. O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício detrês funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensadorfrancês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a trêsórgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a umórgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.[55].

Assim, a cada poder só era permitido fazer oque estava no âmbito de suas funções típicas, formando assim esferas estanques.

Este comportamento deu origem à teoria dos freios e contrapesos, um esquema de independência equilibrada entre os poderes, que permite que eles se fiscalizem entre si, e evita que um interfira indiscriminadamente na esfera do outro.

A teoria de Montesquieu foi abrandada, desta forma é permitido que os órgão pratiquem funções típicas e atípicas desde que expressamente permitido na Constituição, ou seja, o poder legislativo poderá além de legislar, administrar e também julgar. [56]

Surgiu na doutrina, discussões acaloradas no que diz respeito à ilegitimidade do Poder Judiciário em concretizar um direito previsto em uma norma de eficácia limitada carente de regulamentação, já que, em alguns casos para auferir um direito ele afrontaria o princípio da separação dos poderes. Corroborando neste sentido:

---

[54] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481

[55] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 481

[56] Para manutenção dos poderes é necessário que estes exerçam funções atípicas, assim o executivo tem como função atípica legislar, (art. 62 da CF) e julga apreciando defesas e recursos administrativos, o judiciário legisla (art. 96, I, “a”CF), e executa (art. 96, I, “f” CF), e o legislativo de julgar(art. 52, I CF) e administrar(ao dispor sobre sua organização, provendo cargos, concedendo férias, licenças a servidores etc). LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado, 2012, 16 edição, Editora Saraiva, São Paulo, p. 483

> [...] o que fornece legitimidade democrática ao Tribunal Constitucional é sua função jurisdicional, voltada especificamente para os anseios verdadeiramente democráticos da sociedade contemporânea, desempenhando importante papel na defesa do pluralismo das minorias e no controle do Poder Público, especialmente fundado no princípio-matriz da dignidade da pessoa humana.[57]

Ora, de que vale preservar a separação dos poderes se desta forma se afrontaria profundamente os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana?

Além disto, em análise profunda da finalidade deste princípio, verificar-se-á que sua principal função é impedir que os direitos fundamentais fossem afrontados em decorrência dos poderes ficarem unificados.

Nesta senda, conclui-se que não faz sentido arguir um mecanismo para negar o que verdadeiramente ele tem objetivo de proteger, qual seja: os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

4.1 O Poder Legislativo

Aristóteles dizia "o homem é um animal social", portanto sua natureza é associativa, já que precisa do outro para sua sobrevivência.

Em complemento, Carlos Roberto Gonçalves assevera que:

> [...] O homem é um ser eminentemente social. Não vive isolado, mas em grupos. A associação é inerente a sua natureza. Nem sempre as necessidades e os interesses do indivíduo podem ser atendidos sem a participação e cooperação de outras pessoas, em razão das limitações individuais.[58]

Do famoso brocardo jurídico *Ubi societas, ibi jus*, onde esta a sociedade esta o direito, extrai-se a conclusão de que para a viabilização da sociedade o homem precisa de normas para impor limites uns aos outros e assim possibilitar sua convivência.

[57] MARTIN, Andréia Garcia. A Legitimidade Democrática do STF à Luz dos Direitos Fundamentais. **In: Revista Linhas Jurídicas**. Ano V, Fev. 2012. Disponível em: http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id_artigo=111. Acesso em: 30 ago. 2013

[58] [20] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

Temos vários tipos de regras, podem ser religiosas, costumeiras, morais, contratuais, jurisprudenciais, legais enfim inúmeras, que orientam o comportamento das pessoas. Mas somente as normas legais podem valer-se da força do Estado para que sejam cumpridas.

A função típica do Poder Legislativo é a produção destas normas jurídicas, e é indispensável à observação de vários requisitos para que se torne válida, este processo abrange a iniciativa, discussão, deliberação, sanção ou veto, promulgação e a publicação.

Faz-se mister saber que para alguns tipos de normas é preciso legitimidade para começar seu procedimento, por exemplo na fase de iniciação de um projeto em que a população irá principiar deverá ser atendidos os pressupostos do art. 60 §2º da Constituição Federal.

Portanto, vê- se que as relações humanas ficam abaladas diante da inércia deste poder, já que na maioria das situações somente este órgão pode legislar.

4.2 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário tem como função típica julgar, foi a este órgão deferido a função jurisdicional que tem como escopo a pacificação da sociedade.

Assim, nas elucubrações de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior:

> [...] a jurisdição é exercida diante de casos concretos, com o objetivo de aplicar a lei a um caso controvertido, mediante um processo regular, cuja decisão final produz a coisa julgada, operando-se, desse modo, a substituição da vontade das partes por aquela constante da sentença.[21]

Portanto, em uma análise superficial o papel do Judiciário consiste basicamente em aplicar a lei, sendo ela indispensável a este poder.

No entanto, em observação profunda, diante do neoconstitucionalismo, este posicionamento de mero aplicador das normas, vem mudando consistentemente, e este órgão que outrora tinha atuação tímida, passou a garantir os direitos fundamentais firmemente.

> No Brasil, [...] se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configura um Estado Democrático de Direito e estabelece princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.[59]

Muitas críticas tem se levantado a respeito do fortalecimento do Poder Judiciário, já que este tem ultrapassado a esfera do seu poder invadindo os demais.

Na verdade, o que têm este feito é garantir as aspirações da Carta Cidadã de maneira muito mais satisfatória do que se tivesse sido feito pelo órgão a quem era incumbida à tarefa, o que nos faz pensar, se já não chegou a hora de mudanças, já que, é flagrante o despreparo do Poder Legislativo para criar normas, como se não bastasse isto são negligentes com os direitos fundamentais da sociedade.

4.3 O Poder Executivo

O Poder Executivo tem a função de administrar o Estado e executar políticas públicas, assim se responsabiliza pela construção das escolas, hospitais, estradas.

Além disto, este órgão atipicamente pode legislar através de medidas provisórias e leis delegadas, bem como julgar nos casos consignados no art. 52 da Constituição da República.

> O Poder Executivo exerce outras atividades de singular importância, como a edição de medidas provisórias e o desempenho de funções próprias dentro do processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação).[23]

Este órgão também tem como função, a regulamentação de normas de eficácia limitada para que estas produzam todos os seus efeitos. Contudo, ao cumprir seu Poder Regulamentar, “[...] não pode, pois, a Administração, alterá-la a pretexto de estar regulamentando-a. Se o

[59] CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em <(http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf) > Acesso em: 02 set. 2013

fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo.” ·.

A regulamentação proceder-se-á mediante uma lei já existente, tendo o Poder Executivo que observar a os limites impostos pela separação dos poderes, tomando o devido cuidado para não usurpar a função do legislador.

No entanto, por vezes este poder não cumpre sua função, e o Judiciário fixa prazo de 30 dias para ele colmatar a lacuna existente.

> Assim, se for ultrapassado o prazo de regulamentação sem a edição do respectivo regulamento, a lei deve tornar-se exequível para que a vontade do legislador não se afigure inócua e eternamente condicionada à do administrador. Nesse caso, os titulares dos direitos previstos na lei passam a dispor de ação com vistas a obter, do Judiciário, decisão que lhes permita exercê-los, suprindo a ausência de regulamento.[60]

É enorme a revolta que o deszelo destes poderes causa na sociedade, pois sua morosidade afeta profundamente os direitos fundamentais, imaginemos se um cidadão precisasse de regulamentação de uma norma que tutelasse o direito a saúde, e tivesse que esperar prazo tão longo para assistir seu direito sendo concretizado.

Portanto, como se trata de direitos fundamentais ao ser humano, admirável é a postura que o poder judiciário tem tomado, já que este, em consonância com a realidade tem demonstrado preocupação com a população e assim efetiva os direitos fundamentais.

5 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Existem normas que ao entrarem em vigor produzem efeitos jurídicos com maior ou menor intensidade, a doutrina traz uma multiplicidade de classificação, no entanto a mais utilizada é a de José Afonso da Silva.

A definição do autor consiste em três tipos de normas: plena, contida e limitada, vejamos o que ele diz sobre elas.

---

60 24 MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar**. Disponível em:

Norma de eficácia plena: “aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.[61].

Norma de eficácia contida: Estas “possuem eficácia total e imediata, porém o advento legislativo faz com que seu campo fique restrito.”[62]

Norma de eficácia limitada: São normas fracas, que para produzirem todos os seus efeitos precisam da atuação do legislador ou do executivo, é de se destacar, que embora as estas normas sejam fortes elas produzem alguns efeitos.[63]

Assim, diz José Afonso da Silva, no mesmo sentido de Vezio Crisafulli, que “as normas constitucionais de eficácia limitada produzem um mínimo efeito, ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores.”.[64].

As normas de eficácia limitada ainda se dividem em dois grupos: Normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático. Estas “traçam princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado.” Aquelas “contém esquemas gerais, um como início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo.”.[65]

> **art. 37, I** — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

---

[61] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.54

[62] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**.17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013p.54

[63] [27] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.55

[64] LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado, 2012, 16 edição, Editora Saraiva, São Paulo, p. 220

[65] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.56.

> **Eficácia limitada** "Estrangeiro. Acesso ao serviço público. Artigo 37, I,da CF/88. O STF fixou entendimento no sentido de que o artigo 37, I, da Constituição do Brasil redação após a EC 19/98], consubstancia, relativamente ao acesso aos cargos públicos por estrangeiros, preceito constitucional dotado de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para produzir efeitos, sendo assim, não autoaplicável"[66]

Verifica-se que, esta norma já tutela um direito e que diante da omissão do legislador não pode ser exercido, já que se trata de norma de eficácia limitada e esta não é autoaplicável.

> O Supremo Tribunal entendia da mesma forma que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de dar ciência ao Congresso Nacional para que tomasse as providências cabíveis. No entanto, ciente o Congresso Nacional da mora e sem tomar qualquer providência, o Supremo Tribunal Federal, em casos isolados, apontava ao interessado o direito a uma indenização pelos prejuízos então experimentados omissão.[67]

Acertada é esta decisão do Supremo Tribunal Federal, pois a sociedade era prejudicada injustificadamente, pois desarrazoada é a demora dos órgãos estatais, não podendo a população sofrer as consequências pelas quais não tinha culpa.

5.1 As Omissões Legislativa e Executiva

A omissão legislativa e executiva, também chamada de síndrome da inefetividade das normas constitucional lesa a população deixando à mingua aqueles que necessitam prementemente das prestações que devem ser concedidas pelo Estado.

> O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção n. 438-2- GO (RT, 723:231-8), entendeu que a norma constitucional do art.37, VII, é de eficácia limitada. Portanto, ate que surja a lei complementar determinada pelo artigo, o direito de greve dos servidores públicos está inviabilizado.[68]

Estes Poderes devem cumprir suas funções, pois as normas de eficácia limitada dependem deles para produzir todos os seus efeitos, a

---

[66] LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado, 2012, 16 edição, Editora Saraiva, São Paulo, p. 229

[67] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013 p.99

[68] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**.17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.57

omissão afronta o princípio da separação dos poderes, e o descumprimento vai de encontro com a parte rígida da Carta Magna.

Sabe-se que, a aplicabilidade destas normas está condicionada a criação de normas infraconstitucionais reguladoras produzidas pelos referidos órgãos.

Em virtude do Poder Executivo e do Legislativo nem sempre estar comprometidos em cumprir o estabelecido na Constituição Federal ferem de forma indireta, o princípio da separação de poderes, já que este é regido pela teoria dos freios e contrapesos, devem gerir o Estado da melhor forma que proporcione aos cidadãos brasileiros todas as benesses intensamente perpetradas na Constituição Federal. Neste sentido, convém asseverar que:

> [...] compete ao Poder Judiciário o mister de tutelar efetivamente as declarações constitucionais impedindo, que a *lepra* da constitucionalização simbólica contamine o neoconstitucionalismo que se avulta, mantenha a inefetividade dos mandamentos constitucionais e inadimplindo o compromisso elucubrado na Carta, como que seus substantivos, adjetivos, advérbios, verbos e conjunções fossem tidos como não ditos.[69]

Diante do deszelo pelas funções destes poderes ocorre afronta a Constituição Federal, já que afronta cláusulas pétreas, visto que a finalidade delas é proteger os direitos fundamentais, e a negligência injustificada destes poderes viola os bens jurídicos tutelados por ela.

Portanto, pode-se afirmar que é de extrema importância o suplemento desta lacuna, pois o não preenchimento dela causa enorme prejuízo a sociedade que tem seus direitos suspensos por tempo indeterminado.

5.2 Controle Constitucional Repressivo

Para que não haja normas incompatíveis com a Constituição Federal, são armados mecanismos de controle, que primeiramente são de caráter preventivo e impedem o ingresso de normas inconstitucionais, caso este seja

[69] MARTIN, Andréia Garcia**.** A Legitimidade Democrática do STF à Luz dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Linhas Jurídicas**. Ano V, Fev. 2012. Disponível em: http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id_artigo=111. Acesso em: 30 ago. 2013

ineficaz, surge à segunda etapa, de caráter repressivo que consiste no reconhecimento da norma inconstitucional no sistema.

O controle repressivo segue por duas formas, a primeira é chamada de difusa a segunda de concentrada.

O controle constitucional difuso tem origem no direito norte americano no célebre Caso Marbury x Madison, julgado pela Suprema Corte em 1803, sob a presidência do Juiz John Marshall.[70]

Este mecanismo só pode ser usado mediante um caso concreto, em que se queira fugir do efeito de uma norma inconstitucional. Eis que "o foro competente para discussão da medida é o ordinário. Assim, qualquer juiz poderá, diante do caso concreto, declarar a inconstitucionalidade da norma.".[71].

Os efeitos da decisão só vinculam as parte do processo, ou seja, seus efeitos não são erga omnes. "O debate da inconstitucionalidade pode chegar ao Supremo Tribunal Federal, desde que a parte assim o faça.".[72]

Entretanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma por este órgão, por si só não a expulsa do ordenamento. Esta tarefa cabe ao Legislador, assim diz o art. 52 caput "Compete privativamente ao Senado Federal:". Em seguida o inciso X "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.".[73]

O segundo mecanismo é o controle concentrado, possui características que divergem do primeiro, tornando-os específicos para cada caso. A aplicação deste instituto exige normas abstratas e gerais, não são todas as pessoas que tem legitimidade para utiliza-lo, só devem ser interpostos em tribunais específicos, e o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma possui efeito *erga omnes.*

---

[70] In: http://jus.com.br/artigos/14565/a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-controle-difuso-de- constitucionalidade-das-leis).

[71] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.65.

[72] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.65

[73] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.65

São instrumentos do controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

> [...] A Constituição Federal, ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade, aludiu, num primeiro momento, àquela cujo escopo básico consiste no pronunciamento de inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo. Entretanto, permitiu o uso do mesmo instrumento com a finalidade de apuração da assim chamada inconstitucionalidade por omissão. [74]

Pela delimitação do trabalho iremos tratar somente do Mandato de injunção e a inconstitucionalidade por omissão como mecanismos para suprir o deszelo dos poderes legislativo e executivo.

5.3 Controle Constitucional da Omissão

Para os neoconstitucionalistas a Constituição de 1988 é um marco, pois a partir desta surge um novo movimento denominado neoconstitucionalismo, caracterizado principalmente pela centralização da Carta Magna dentro do ordenamento jurídico.

Esta exerce papel de guardiã dos direitos fundamentais, e assegura que eles sejam de fato aplicados.

Diante de tamanha importância, não poderia ser permitido à criação de normas que viessem a agredir as diretrizes emanadas por ela.

Desta forma, existem maneiras que controlam a constitucionalidade das leis, dentre estas, advindo do texto de 1988, criou-se o controle constitucional da omissão.

Assim, afiança Luís Roberto Barroso que "a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura . A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado."[75]

---

[74] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.74

[75] BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.7

A inconstitucionalidade por omissão resulta da morosidade de agir de qualquer um dos poderes, assim pode ocorrer no caso de o legislador não criar norma integradora que traria efeitos as normas de eficácia limitada, ou ainda no caso do poder administrativo não regulamentar algum dispositivo que permitiria a execução de alguma política pública.

O mecanismo comunga das mesmas regras da ação direta de inconstitucionalidade ADI, portanto os legitimados para propor a referida ação são os mesmos. Também fica claro que, o mecanismo não se destina a casos concretos, sendo para isto utilizado o Mandado de Injunção.

Esclarece o célebre Ministro Gilmar Mendes sobre o referido instrumento:

> [...] não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica. O controle abstrato da omissão poderá ser instaurado pelos mesmos legitimados para a proposição da [76]

Como já observado, a principal característica que difere a ação direta de inconstitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a inexistência de uma conduta, sendo assim este procedimento realiza-se da seguinte forma:

> [...]No caso da omissão, como inexiste ato, o sistema coloca duas situações em caso de procedência da ação (reconhecimento, portanto, da omissão legislativa):
> a) Se o órgão for Poder, será dada ciência para que adote providências necessárias; b) Se se tratar de autoridade administrativa, será determinado que tome a providência cabível no prazo de trinta dias. É a regra do §2º do art. 103.[77]

---

[76] MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil**: o problema da omissão legislativa inconstitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 7

[77] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**.17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 97

5.3 Mandado de Injunção

A Constituição Federal de 1988 dentre as várias inovações, trouxe previsto em seu corpo fortalecendo o rol de mecanismos garantidores, o mandado de injunção.

Por ser um remédio constitucional sua natureza jurídica é assecuratória, e tem o escopo de tutelar direitos, desta forma diz o art. 5º, LXXI da Constituição Federal "Conceder-se- a mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania."

Sua função é muito parecida com a ação direta de inconstitucionalidade, no entanto difere-se dela, pois este se dirige aos casos concretos e só pode ser impetrado em face do poder legislativo.

Dirley da Cunha Júnior.

> O mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição.[78]

Assim, observa-se que se trata de instrumento criado para ser utilizado pelo indivíduo, podendo ser impetrado por qualquer pessoa, desde que preenchido os requisitos que o torna legítimo para impetrar mandado de injunção.

Em sua doutrina Pedro Lenza apresenta dois requisitos necessários para o mandado de injunção, são estes: a) a existência de normas constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; b) a ausência de norma regulamentadora, tornando inviável o

[78] CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 553

exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados (omissão do Poder Público).[79]

Os efeitos do mandado de injunção sofreram várias modificações, ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988, tornando vasta dentro da literatura jurídica o posicionamento dos cientistas do direito.

Num primeiro momento, o Judiciário prezava pela defesa do princípio da separação dos poderes[80] assim, limitava-se somente em dar a ciência da mora do Congresso Nacional.

Este tipo de decisão é denominado como posição não concretista; a decisão apenas decreta mora do poder omisso reconhecendo-se formalmente sua inércia.[81]

No entanto, esta atitude não era suficiente, pois diante da desidiosidade do poder legisferante, mesmo após a ingerência do poder judiciário, ele continuava em silêncio, e os bens tutelados continuavam sendo vilipendiados.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, verificando que mesmo após a ciência, o excelso poder continuava estagnado, a alta corte [...]apontava ao interessado o direito a uma indenização pelos prejuízo então experimentados omissão.[82]

Recentemente, [...] o Supremo Tribunal Federal parece ressignificar o tema, promovendo o mandado de injunção à qualidade de verdadeiro instrumento de superação da inconstitucionalidade por omissão, chegando inclusive , a apontar soluções normativas para vigorar enquanto perdurar a omissão motivadora da propositura do mandado de injunção.[83]

---

[79] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[80] DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. **O Renascimento do Mandado de Injunção**. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/1269/0001269.pdf?sequence=3 >. Acesso em: 02 set. 2013

[81] LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**.16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1054

[82] [46] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.99.

[83] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013. p.99

Importante têm sido as decisões de autorização ao pleito indenizatório contra União Federal, ressalvando posição mais benéfica de legislação posterior.

Neste sentido, é a manifestação de Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior que dizem:

> [...] o direito a indenização daquele que sofre prejuízo com a omissão é de rigor, já que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever de legislar descumprido pelo Congresso Nacional. Nesse caso, portanto, a parte deve ser ressarcida dos prejuízos causados pela União Federal. Só assim entendemos que seria possível fechar o ciclo proposto pelo constituinte de 88.[84]

Assim, após muito tempo de vilipêndio ao mandado de injunção, eis que atualmente, sob influência do que podemos chamar de neoconstitucionalismo, o procedimento tem ganhado força e vem atingindo seu objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo tem exercido forte influência sobre as decisões judiciárias, permitindo que elas se aproximem da justiça mesmo que para isto seja necessário transgredir parâmetros consolidados no Direito.

Isto se dá, devido à preocupação em proteger os direitos fundamentais, que se revelam essenciais para o provimento de uma vida digna.

Ainda com o intuito de proteger a sociedade do autoritarismo, observado quando o poder Estatal se junta em um único lugar, estabeleceu-se a separação dos poderes, assim cada órgão ficou encarregado de exercer uma função, desta forma eles funcionariam como em uma engrenagem, em que cada peça depende da outra para seu perfeito funcionamento.

No entanto, o Poder legislativo e o Executivo tem sido negligentes com suas funções, deixando uma falha, que impede que esta engrenagem funcione

[84] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 99.

harmonicamente, assim, a carta magna durante muito tempo, não conseguia cumprir as promessas contidas em seu bojo.

Nesta senda, após influência do pós- positivismo o Poder judiciário deixou de ser mero aplicador das normas e passou a ter posicionamento extravagante.

Assim, após durante muito tempo de acanhamento diante das normas de eficácia limitada impossibilitadas de garantir direitos dos cidadãos por falta de norma integradora ele passou a agir inovando suas decisões, se posicionando de maneira acertada, não baixando a cabeça para princípios que deveriam garantir os direitos do povo, mas que ao invés disto, afasta.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em <(http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf) > Acesso em: 02 set. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; RIBEIRO, Fernando José Armando. **O Renascimento do Mandado de Injunção**. Disponível em: <http://dspace.almg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/11037/1269/0001269.pdf?sequen ce=3 >. Acesso em: 02 set. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTIN, Andréia Garcia**.** A Legitimidade Democrática do STF à Luz dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Linhas Jurídicas**. Ano V, Fev. 2012. Disponível em: http://www.linhasjuridicas.com.br/artigo.php?op=ver&id_artigo=111. Acesso em: 30 ago. 2013.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil**: o problema da omissão legislativa inconstitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Poder Regulamentar**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110118231013562>. Acesso em 29 ago. 2013.

PICCIRILLO, Miguel Belinati; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2013. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5414 > Acesso em: 02 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA, Maria Cristina; ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine. **Os Direitos Fundamentais Nas Constituições Brasileiras**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/3542/3199 > Acesso em: 02 set. 2013.

CAPÍTULO 3

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUIÇÃO À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO: REFLEXÕES SOBRE UMA NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rafael da Silva Santiago[85]
DOI 10.11117/9788565604185.03

RESUMO O trabalho tem como ponto de partida o neoconstitucionalismo, um conjunto de doutrinas, teorias e práticas desenvolvidas a partir da segunda metade do século XX que visa a uma releitura do Direito Constitucional. A partir da análise desse fenômeno jurídico, tem-se como objetivo principal a identificação da sua influência no Direito Administrativo contemporâneo, marcado por um processo de ruptura com seus paradigmas clássicos, de modo a definir os efeitos no regime jurídico-administrativo dessa nova forma de pensar o Direito Constitucional. Sendo assim, será demonstrado que o neoconstitucionalismo vem produzindo diversas mudanças na Administração Pública, com especial destaque para as modificações havidas (i) na função administrativa, (ii) na interpretação de suas normas, (iii) na sua principiologia, (iv) nas suas fontes e (v) na relação formada entre o administrador e o juiz, caracterizando um novo modelo de Direito Administrativo, alinhado com os valores constitucionais e com a centralidade dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Neoconstitucionalismo; Mudanças

ABSTRACTThe paper is based on neoconstitutionalism, a set of doctrines, theories and practices developed from the second half of the twentieth century that aims to a reconstruction of Constitutional Law. The main objective is identifying the influence of neoconstitutionalism on the contemporary Administrative Law, marked by a process of breaking with its classic paradigms in order to define the effects of this new way of thinking about the Constitutional

---

[85] Advogado. Mestrando em Estado, Direito e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Email: ra.fasantiago@hotmail.com

Law in administrative regime. Therefore, it will be shown that neoconstitutionalism has been producing several changes in Public Administration, with special emphasis on the changes taking place on (i) administrative function, (ii) interpretation of its rules, (iii) its principles, (iv) its sources and (v) on the relationship developed between the administrator and the judge, in order to characterize a new model of Administrative Law, which is appropriate to the constitutional values and to the centrality of fundamental rights.

KEYWORDS: Administrative Law; Neoconstitutionalism; Changes

Introdução

Ao contrário do que sustenta boa parte da doutrina[86], o surgimento do Direito Administrativo e de suas categorias jurídicas – como a supremacia do interesse público, as prerrogativas da Administração, a discricionariedade e a insindicabilidade do mérito administrativo, p. ex. – traduziu antes a sobrevivência e a continuação das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação (BINENBOJM, 2005, p. 50-51).

No Brasil, antes de 1988, o cenário jurídico era marcado pela importância da lei em detrimento da Constituição e, especificamente quanto ao Direito Público, o decreto e a portaria eram ainda mais importantes do que o diploma legal. O Poder Judiciário não realizava um papel político substancial, bem como não era dotado do mesmo nível de independência que tem na atualidade. (SARMENTO, 2009, p. 43).

Os textos constitucionais eram repletos de direitos, cuja concretização, entretanto, dependia da boa vontade dos governantes, algo que, em geral, não

---

86 2 Para ilustrar essa posição da doutrina majoritária, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 47): “O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. [...] Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos - , vigoravam ideias que bem sintetizam em certas máximas clássicas [...]. O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas [...]. [O] Direito Administrativo [...] veio trazer, em antítese ao período histórico precedente – o do Estado de Polícia - , justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos [...]”. No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 06-07): “O Direito Administrativo [...] veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo”.

acontecia. Em períodos de crise, as orientações da Constituição não eram seguidas (SARMENTO, 2009, p. 43), o que demonstrava a ausência de normatividade nas suas disposições.

Hoje, porém, à luz do neoconstitucionalismo, o cenário é diferente, com a Constituição desempenhando o papel de elemento unificador de todo o sistema normativo, definidor da tábua axiológica a ser seguida por todos os ramos do Direito.

Nesse contexto, o Direito Administrativo vem passando por um processo de evolução que acompanha o próprio desenvolvimento do Estado de Direito, tendo como fonte as correspondentes modificações no âmbito do Direito Constitucional, que lhe oferecem o fundamento básico para tanto (DI PIETRO, 2006, p. 20).

Aliás, o fenômeno do neoconstitucionalismo parece trazer como consequência direta uma necessária reconstrução dos paradigmas clássicos e esgotados do Direito Administrativo, de modo a arquitetar uma nova feição para a Administração Pública contemporânea, cujos fundamentos são encontrados, sobretudo, na Constituição, na centralidade dos direitos fundamentais, no respeito à democracia e na priorização da pessoa humana.

Sendo assim, pela sua natureza qualitativa, o trabalho busca descrever e interpretar a relação entre o neoconstitucionalismo e o Direito Administrativo, identificando os efeitos gerados no regime jurídico-administrativo por essa nova forma de entender o Direito Constitucional.

A abordagem perpassa, também, por uma pesquisa documental, consubstanciada na análise de conteúdo, vez que se configura a partir do reexame de teorias visando à obtenção de novas interpretações, por intermédio da inserção de construções doutrinárias em um contexto diferente, propondo-se uma série de alterações na Administração Pública brasileira advindas da Constituição de 1988 e do neoconstitucionalismo.

Assim, o procedimento de pesquisa adotado se fundamenta na aplicação da tipologia jurídico-prospectiva, passando-se à exploração das premissas e condições relativas ao tema, com o intuito de se propor tendências futuras acerca do regime jurídico-administrativo. Para tanto, tem-se a

necessidade de utilização de dados primários e de dados secundários, bem como de fontes jurídicas tradicionais.

Uma análise minuciosa do neoconstitucionalismo demonstrará que o Direito Administrativo tem sido marcado por modificações (i) no entendimento da função administrativa, (ii) na interpretação de suas normas, (iii) na função exercida por seus princípios, (iv) nas suas fontes e (v) na relação formada entre o administrador e o juiz, as quais serão devidamente compreendidas como instrumentos de adequação da Administração Pública aos anseios da sociedade contemporânea e aos ditames constitucionais.

2 Neoconstitucionalismo

Nos últimos tempos, o Direito brasileiro vem sendo objeto de significativas mudanças, as quais se relacionam com o surgimento de um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais, que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p. 31). Trata-se de um fenômeno, pois, que, apesar de seu nome, não se restringe aos limites do Direito Constitucional, encontrando repercussão em todo o ordenamento jurídico.

Dentro dessa nova corrente, destaca-se a grande diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política, razão pela qual Daniel Sarmento (2009, p. 33-34) assevera que:

> [...] Neste quadro, não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.[87]

Luis Roberto Barroso (2006, p. 27) faz uma análise adequada acerca das modificações havidas no Direito Constitucional ao longo das últimas

---

[87] Nesse mesmo sentido, Humberto Ávila (2009, p. 01) afirma que: "É certo que não há apenas um conceito de 'neoconstitucionalismo'. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do 'neoconstitucionalismo'. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural 'neoconstitucionalismo(s)'".

décadas, elegendo como base três marcos fundamentais, que contêm as ideias e as transformações de paradigmas que deram origem a uma nova compreensão da Constituição e de sua função no Direito: (i) histórico, (ii) teórico e (iii) filosófico.

O marco histórico dessas mudanças, no Brasil, é consubstanciado pela Constituição da República de 1988 e pelo processo de redemocratização que ela ajudou a realizar. A Lei Maior funcionou como elemento propulsor da travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito, gerando o mais extenso período de estabilidade institucional da história republicana do país (BARROSO, 2006, p. 27-28).

O marco filosófico adere-se à superação das duas grandes correntes de pensamento – jusnaturalismo e positivismo – a partir da perspectiva de um conjunto difuso e abrangente de ideias, reunidas em torno do denominado pós-positivismo, marcado por reflexões amplas e ainda não concluídas sobre o Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2006, p. 29-30).

O pós-positivismo procura ultrapassar a legalidade estrita, sem, no entanto, desprezar o direito posto, bem como realizar uma leitura moral do Direito, sem se valer de categorias metafísicas. A interpretação e a aplicação do sistema normativo se orientam por uma teoria de justiça, sem admitir voluntarismos ou personalismos, em especial os judiciais (BARROSO, 2006, p. 30).

Por sua vez, na dimensão teórica três modificações implicaram a ruptura com a antiga compreensão do Direito Constitucional: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição, (ii) o aumento da jurisdição constitucional e (iii) a construção de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2006, p. 30-31), todas com consequências diretas no Direito Administrativo.

Humberto Ávila (2009, p. 02) também assinala algumas mudanças ocorridas no âmbito da teorização e aplicação do Direito Constitucional, de ordem normativa, metodológica, axiológica e organizacional, agrupadas sob o manto do neoconstitucionalismo:

> [...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

Nesse sentido, Daniel Sarmento (2009, p. 31) faz uma síntese dos diferentes fenômenos que marcam o neoconstitucionalismo:

> [...] (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2012, p. 14) também analisa as características desse fenômeno, elegendo como seus alicerces: (i) a supremacia dos direitos fundamentais explícitos ou implícitos na Constituição; (ii) a força normativa e (iii) a sobreinterpretação da Constituição; (iv) a possibilidade de aplicação direta das normas constitucionais sobre todas as relações jurídicas, privadas ou públicas; e (v) a orientação ética da Lei Maior, a partir do respeito ao conteúdo axiológico dos direitos fundamentais e da legitimação democrática.

Essas são características que têm o condão de “[...] ampliar consideravelmente a extensão e a eficácia dos institutos do Direito Administrativo pós-moderno” (MOREIRA NETO, 2012, p. 15).

Em outras palavras, esses são os elementos do neoconstitucionalismo que repercutem diretamente no regime jurídico-administrativo, adequando-o ao novo cenário do Direito contemporâneo e aos novos anseios de uma sociedade multifacetada e em processo de constante evolução, que demanda atuações positivas e negativas da Administração Pública na concretização de direitos fundamentais e no respeito à dignidade dos administrados.

3 Mudança no entendimento da função administrativa: direitos fundamentais

A Constituição da República de 1988 conferiu grande destaque aos direitos fundamentais, estabelecendo a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos, bem como o seu dever de observá-los fielmente. É importante frisar: "[...] não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais" (MENDES, 2010, p. 01).

Como um reflexo direto da constitucionalização do Direito Administrativo, um dos aspectos mais relevantes do regime jurídico-administrativo contemporâneo se refere à marcante influência da teoria dos direitos fundamentais em sua percepção.

As atividades atribuídas aos Estados, assim como aquelas assumidas pelas demais organizações infraestatais, pluriestatais ou transestatais, giram em torno dos direitos fundamentais, legitimando-se ao garanti-los, promovê-los e realizá-los de maneira efetiva (MOREIRA NETO, 2012, p. 15).

Destarte, no que se refere à atividade administrativa do Estado, a Constituição é o diploma normativo basilar que deve estabelecer as condutas positivas e negativas a serem desenvolvidas por suas entidades e órgãos, no intuito de assegurar que a sociedade se beneficie com um sistema normativo integrado e coerente, orientado para a proteção, o incentivo e a concretização dos direitos fundamentais (MOREIRA NETO, 2012, p. 15-16).

De acordo com Gustavo Binenbojm (2008, p. 07), a Constituição funciona como um guia para a superação das categorias jurídicas tradicionais do Direito Administrativo, "[...] mediante a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático qual vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública [...]".

Nesse sentido, é importante mencionar que Marçal Justen Filho (2011, p. 63) acopla à definição de Direito Administrativo o conjunto de atividades do Estado necessárias à realização dos direitos fundamentais, afirmando a centralidade desses direitos no desempenho da função administrativa.

Não se fala, porém, apenas da vinculação da Administração à clássica concepção dos direitos fundamentais, que os identifica como direitos de defesa do indivíduo contra ingerências estatais em sua liberdade pessoal e propriedade (MENDES, 2010, p. 03). É preciso ir além, impondo ao Poder Público o respeito a outras facetas dos direitos fundamentais, as quais demandam, muitas vezes, uma atuação positiva.

Assim, Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 05) preconiza que:

> [...] vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além de não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, [...] a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetiva, em última análise, a garantia [...] da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Com efeito, o regime jurídico-administrativo não pode ter como ponto de partida a concepção de direito fundamental cujo conteúdo seja definido previamente e tenha caráter absoluto (SILVA, 2006, p. 25), desprezando as suas inúmeras feições e os seus mais variados âmbitos de proteção estabelecidos pela Constituição.

Mesmo porque, a definição prévia do conteúdo de um direito fundamental exclui, também previamente, “[...] diversas condutas, atos, estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais, deixando-os ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas, para os quais não se exige nenhuma fundamentação constitucional” (SILVA, 2006, p. 25-26), algo totalmente incabível frente aos novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo.

Por sua vez, não restam dúvidas de que a garantia das liberdades fundamentais não assegura as pretensões correspondentes, cuja materialização demanda não apenas a ação do legislador, mas, também, a realização de medidas administrativas (MENDES, 2010, p. 06). Em outras palavras, a fruição dos direitos fundamentais depende diretamente do desempenho da função administrativa.

Como se isso não fosse suficiente, é importante destacar, também, que a existência da função administrativa depende dos direitos fundamentais.

À luz do atual estágio de maturidade constitucional, percebe-se que a Administração Pública deve basear sua atuação em todo o Direito e, sobretudo, na Constituição. Isso significa que as regras, os princípios e os valores constitucionais estabelecem, em certa medida, as competências a serem seguidas pelo administrador, entre elas a concretização de direitos fundamentais.

A função administrativa enquanto atividade típica da Administração Pública vai encontrar fundamento na Constituição, diploma normativo que ratifica a centralidade dos direitos fundamentais. Portanto, fica claro perceber que esses direitos passam a ser um dos elementos legitimadores da atuação estatal, justificando a própria existência e desempenho da aludida função.

A relação entre direitos fundamentais e Administração Pública é tão aparente que, nos últimos tempos, a doutrina vem se referindo ao “direito à organização e ao procedimento” para identificar todos aqueles direitos fundamentais cuja concretização está sujeita a providências estatais no sentido de criar e conformar órgãos, setores ou repartições (MENDES, 2010, p. 07-08).

A Administração Pública, então, se vê obrigada a adotar medidas administrativas que consubstanciem uma organização harmônica de suas divisões internas, possibilitando uma realização mais efetiva de direitos fundamentais.

Assim, resta inequívoca a existência de um dever do Estado de tomar todas as medidas necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais (MENDES, 2010, p. 11), razão pela qual a função administrativa deve expandir seu conceito no sentido de englobar esses direitos.

Tal mudança de entendimento da função administrativa vai ao encontro dos valores anunciados pelo neoconstitucionalismo, cujo ideário humanista, que se orienta pela possibilidade de emancipação humana pelo caminho jurídico, é traduzido pela utilização da moderna dogmática constitucional (SARMENTO, 2009, p. 42), campo apropriado para a consolidação dos direitos fundamentais.

4 Mudança na interpretação do Direito Administrativo

Na obra de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 50), tem-se que a interpretação de todo o Direito Administrativo deve, necessariamente, observar três pressupostos: “[...] 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; [e] 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público”.

Assim, a antiga interpretação do Direito Administrativo tem como base a supremacia do Estado sobre os indivíduos, em virtude da prevalência dos interesses coletivos sobre os administrados. A partir dessa desigualdade, surgem privilégios e prerrogativas para o ente público, considerados como necessários para a consecução dos seus fins (MEIRELLES, 2011, p. 50).

Essa interpretação tem como base a presunção relativa de legitimidade do agir público, cabendo ao particular demonstrar o contrário nas hipóteses em que a Administração atuou com ilegalidade flagrante ou dissimulada sob as vestes do abuso ou desvio de poder (MEIRELLES, 2011, p. 50).

Além disso, a antiga interpretação do regime jurídico-administrativo se assenta na utilização permanente de poderes discricionários por parte do ente estatal, os quais são delimitados pela finalidade pública, pelo bem comum e pelo interesse da comunidade (MEIRELLES, 2011, p. 50).

De plano, percebe-se a insuficiência dessa maneira de interpretar o Direito Administrativo.

A desigualdade jurídica entre a Administração Pública e o administrado não se sustenta no atual cenário do Direito Administrativo, constitucionalizado e marcado pela grande influência do sistema de direitos fundamentais.

O atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que, à luz da dignidade da pessoa humana – fundamento da República por expressa previsão constitucional – caso exista algum agente em posição de superioridade, esse agente é o indivíduo, em respeito à sua dignidade.

Não há espaço para a priorização da Administração Pública, mas, sim, para a tutela dos administrados, em respeito à centralidade dos direitos fundamentais. Tanto é assim que o mito da prevalência absoluta do interesse público sobre o interesse particular mostra-se, hoje, ultrapassado em decorrência da imposição constitucional de uma série de direitos individuais que demandam a materialização de uma conduta por parte do ente estatal.

Ademais, a presunção de legitimidade dos atos administrativos se mostra possível somente se dimensionada a partir da *Lex Fundamentalis*, principal fonte do Direito Administrativo contemporâneo. Com efeito, deve-se falar em presunção de juridicidade, de modo que o agir administrativo precisa encontrar compatibilidade com todo o Direito, notadamente com o texto constitucional.

Por sua vez, a discricionariedade administrativa não pode ser delimitada, apenas, pela finalidade pública, pelo bem comum e pelo interesse da comunidade, conceitos cuja flexibilidade pode provocar situações muito perigosas. Pelo contrário, seu limite é encontrado à luz do exercício da ponderação, tendo como base a Constituição e as várias imposições previstas por suas normas ao administrador.

A despeito de todas essas ressalvas, a interpretação jurídica tradicional não está superada como um todo. Ao revés, representa uma maneira eficaz de resolver diversas questões jurídicas. Nos últimos tempos, entretanto, as categorias clássicas da interpretação não vêm se mostrando como elementos adequados para a solução de problemas ligados à realização da vontade constitucional, tornando-se necessária a construção de novos conceitos e categorias doutrinárias (BARROSO, 2006, p. 34).

As peculiaridades das normas constitucionais fizeram com que a doutrina e a jurisprudência desenvolvessem um rol próprio de princípios destinados à interpretação constitucional (BARROSO, 2006, p. 34).

Luis Roberto Barroso (2006, p. 34) elenca tais princípios, na ordenação que julga mais adequada para o cenário brasileiro: “[...] o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do

poder público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade".

Portanto, o neoconstitucionalismo implica uma verdadeira expansão das possibilidades de interpretação das normas do regime jurídico-administrativo. Considerando que a Constituição é a fonte principal do Direito Administrativo, a hermenêutica constitucional passa a desempenhar um papel essencial na aplicação de suas normas jurídicas.

Além disso, o atual momento de consolidação de novas formas de se interpretar os preceitos constitucionais também se estende às normas administrativas.

Não se pode negar que a função homogeneizadora e sistematizadora das disposições hermenêuticas desempenhada pelos princípios adquire especial relevância no âmbito do Direito Administrativo, que se caracteriza pela volumosa multiplicação de suas normas, em muitas ocasiões contraditórias. Trata-se de um vício cada vez mais presente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, marcados pela quantidade absurda de leis e decretos (MOREIRA NETO, 2012, p. 18).

Nesse contexto, a aplicação dos princípios na atividade hermenêutica do Direito Administrativo se mostra cada vez mais importante. Diante das deficiências dos legisladores, é preciso rechaçar interpretações inadequadas e procurar alternativas de interpretações ponderadas, que priorizem a compatibilização entre princípios concorrentes (MOREIRA NETO, 2012, p. 18).

Afirma-se, inclusive, que, diante do caso concreto, nas hipóteses em que a Constituição ou a lei não houver esgotado todos os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, a Administração Pública deverá realizar tal técnica de interpretação, de modo a encontrar o melhor caminho para a sua máxima realização (BINENBOJM, 2005, p. 69).

A ponderação emerge como um verdadeiro princípio formal do Direito – por conseguinte, do Direito Administrativo – e de legitimação dos princípios que fundam o Estado Democrático de Direito, a ponto de se afirmar que esse modelo de Estado traduz, em verdade, um Estado de Ponderação (BINENBOJM, 2008, p. 11).

Com efeito, a ponderação proporcional passa a assumir a relevante função otimizadora “[...] de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública” (BINENBOJM, 2008, p. 11).

Essa nova fase da interpretação do Direito Administrativo, que abrange a operatividade dos princípios constitucionais, permite uma flexibilidade impossível para a insuficiente subsunção entre regras (MOREIRA NETO, 2012, p. 18), de modo a viabilizar uma aplicação das normas administrativas mais apropriada aos anseios de uma sociedade em constante modificação.

5 Mudança na principiologia do Direito Administrativo

Ao analisar as mutações havidas no Direito Administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 11) assevera a reintrodução do patamar dos princípios, que passam a ser compreendidos como normas que possuem eficácia própria, bem como aptidão para operarem seus efeitos de diversos modos.

A normatividade dos princípios implicou o rápido desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, construída a partir da noção transcendental da dignidade da pessoa humana, incorporada à compreensão jurídica de cidadania, o que contribuiu para que o Direito Público se desvencilhasse da ideia de um Direito do Estado para se consubstanciar em um Direito do Cidadão (MOREIRA NETO, 2005, p. 11).

Não se pode mais relegar aos princípios função meramente informativa da ordem jurídica. Da mesma forma, eles não desempenham o tão-só papel de auxiliar a interpretação das regras de Direito. Pelo contrário, representam verdadeiras normas jurídicas, instituidoras de direitos e de deveres para toda a sociedade.

Essa é uma constatação que atinge frontalmente o Direito Administrativo, sobretudo em virtude de sua clássica ligação com a lei, uma só norma jurídica inserida em um sistema compostos por outras várias, sejam leis ou princípios.

Enfim, a normatividade dos princípios, ratificada pelo fenômeno do neoconstitucionalismo, ocasiona uma verdadeira mudança no sistema de normas do Direito Administrativo, colocando à disposição da Administração Pública uma série de situações em que será necessário selecionar a norma jurídica – não previamente estabelecida, mas concretamente escolhida – que melhor se adéque aos anseios da sociedade e, sobretudo, à concretização da Constituição e dos direitos fundamentais.

Essa mudança na principiologia do Direito Administrativo é aqui ilustrada pela modificação no entendimento de dois princípios tidos como fundamentais para a Administração Pública: o princípio da legalidade e o princípio do interesse público.

Ressalte-se que tal mudança não se restringe a essas duas normas jurídicas. Entretanto, a eleição de ambas tem como objetivo demonstrar que o consenso clássico a respeito de dois princípios tão importantes para o regime jurídico-administrativo já não existe mais, sem prejuízo da existência de outras transformações no entendimento de outros princípios que regem a atuação da Administração Pública.

A constitucionalização do Direito Administrativo traz como uma das consequências mais importantes a vinculação direta da Administração Pública aos princípios constitucionais, verdadeiros núcleos de condensação de valores (BINENBOJM, 2008, p. 15) que precisam ser devidamente observados pelo administrador, sob pena de sua atuação se realizar de forma indevida do ponto de vista principiológico e axiológico.

Como observa o professor Gustavo Binenbojm (2008, p. 15):

> [...] a nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem".

Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (2006, p. 59) afirma que:

> [...] mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais
>
> – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais [...].

A segunda metade do século XX foi marcada por um processo de crise da lei, com o desprestígio crescente do legislador e o esgotamento da lei formal. Assim, notou-se o colapso do mito do diploma legal como expressão da vontade comum, em virtude, sobretudo, de sua politização crescente – ao prazer dos sucessivos governos – da crise da representação, do aumento da atividade normativa do Poder Executivo e da expansão do modelo das agências reguladoras independentes (BINENBOJM, 2008, p. 13).

O surgimento do Estado providência conferiu à Administração diversas atribuições que não estavam expressamente positivadas em lei. Além disso, o marcante aumento da complexidade das relações econômicas e sociais que demandavam uma atuação do Estado passou a não mais se coadunar com o insuficiente processo legislativo formal (BINENBOJM, 2008, p. 13).

O princípio da legalidade deixa de estabelecer a simples vinculação direta à lei por parte da Administração Pública, cuja atuação não mais se restringe àquilo que o legislador autoriza ou determina. Nada mais óbvio, pois o Estado Democrático de Direito, a partir dos ideais de justiça, preceitua pela submissão do Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal (DI PIETRO, 2006, p. 20).

A submissão do Estado ao Direito traduz-se na observância dos valores e princípios que se encontram no alicerce do ordenamento jurídico, com status implícito ou explícito de norma constitucional (DI PIETRO, 2006, p. 20). Não é mais suficiente que o Estado se submeta apenas ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto. É imprescindível que essas leis se submetam ao direito, que é produto da sociedade (MOREIRA NETO, 2005, p. 12).

Como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 20) “[...] isto teve grande reflexo sobre a própria compreensão do *princípio da legalidade*, pois ele passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico [...]”.

Não se deve mais falar em princípio da legalidade, mas, sim, em juridicidade, a qual engloba a legalidade administrativa como um de seus princípios internos (BINENBOJM, 2008, p. 15).

Cumpre destacar que Gustavo Binenbojm (2008, p. 15) traz a noção mais adequada do que se entende por juridicidade administrativa:

> [...] a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizadora aplicação da Constituição).

Portanto, a mudança de perspectiva da legalidade administrativa significa que os atos da Administração, em havendo competência constitucional, vez que a Lei Maior é o fundamento primeiro do agir administrativo: (i) devem estar diretamente vinculados a todo o Direito, notadamente em conformidade com os princípios e regras do diploma constitucional, elemento unificador de todo o sistema; e (ii) podem ser praticados pela Administração quando não proibido pelas normas jurídicas e, em geral, desde que não importem em obrigação de fazer ou de não fazer aos administrados, hipótese em que, em virtude do próprio texto constitucional (artigo 5º, II), é necessário lei em sentido formal.

Por seu turno, o Direito Administrativo contemporâneo está atrelado ao Direito Privado em um número significativo de relações jurídicas, cuja quantidade tende a se ampliar, o que revela uma verdadeira aproximação entre os dois ramos (MOREIRA NETO, 2012, p. 19).

Esse é um fenômeno que se mostra mais presente na medida em que a Administração, levando em consideração suas restrições institucionais – sobretudo aquelas de natureza econômica e tecnológica – vai aumentando o

âmbito de suas parcerias com a esfera privada, sempre em busca de uma melhor consecução das necessidades públicas, já que essa é a sua tarefa designada pela Constituição (MOREIRA NETO, 2012, p. 19).

Em face de tal relação, não há mais espaço para a concepção absoluta da Administração Pública descrita por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 70), cuja marca principal é sua posição privilegiada, com notória autoridade e comando, protagonista de uma superioridade e uma supremacia frente aos administrados como requisito imprescindível para gerir os interesses públicos.

Não é possível conceber que o administrador seja dotado de prerrogativas e de privilégios em suas relações com os particulares sem que haja uma situação que justifique a imperatividade como o único caminho possível para atender a determinada missão (MOREIRA NETO, 2012, p. 19), em especial aquela estabelecida na Lex Fundamentalis.

Dessa forma, “[...] **a regra é o relacionamento paritário, por ser mais justo, e, a exceção, o relacionamento privilegiado**, repelindo-se qualquer distinção que não se justifique expressamente como adequada e razoável” (MOREIRA NETO, 2012, p. 19, grifo nosso).

Cumpre mencionar que o denominado princípio da supremacia do interesse público é protagonista de uma incompatibilidade conceitual com os próprios contornos contemporâneos do Direito Administrativo, já que preconiza a preferência absoluta[88] do interesse público diante de hipóteses em que entre em conflito com qualquer interesse privado, independentemente das peculiaridades do caso concreto, o que elimina a possibilidade de ponderações (BINENBOJM, 2005, p. 63).

O administrador deve desempenhar um esforço racional de construção intersubjetiva de padrões de convivência entre as esferas individual e coletiva da vida social, de modo que nas sociedades democráticas e constitucionalizadas não há que se falar em uma regra de prevalência prévia

[88] Para ilustrar essa supremacia absoluta do interesse público na doutrina, vale citar Hely Lopes Meirelles (2011, p. 50): “[...] Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*”.

do coletivo sobre o individual ou do estatal sobre o particular (BINENBOJM, 2012, p. 17).

De acordo com Humberto Ávila, citado por Gustavo Binenbojm (2005, p. 63-64), o princípio da supremacia do interesse público também não encontra fundamento normativo, já que (i) não pode ser extraído de uma análise sistemática da ordem jurídica, (ii) não admite a dissociação do interesse privado, sendo contrária à ideia de conflito inerente aos princípios, além de (iii) não guardar sintonia com os postulados normativos previstos na *Lex Fundamentalis*.

A Constituição é diretamente influenciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual estabelece a necessidade de se realizar, em alguma medida, a tutela do interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. Essa ampla proteção aos interesses particulares não permite que se conclua pela existência do princípio da supremacia do interesse público (BINENBOJM, 2005, p. 64).

Mesmo porque a tutela de um interesse privado com status constitucional pode significar, ainda que parcialmente, a realização de um interesse público, de modo que a satisfação de um pode representar o sucesso do outro (BINENBOJM, 2005, p. 65).

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais estabelecido pela Lei Maior, bem como a natureza flexível dos princípios constitucionais, torna impossível a eleição prévia de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual (BINENBOJM, 2005, p. 69).

Indo além, a centralidade dos direitos fundamentais é frontalmente incompatível com um princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, porquanto existem interesses individuais e particulares que estão tutelados constitucionalmente sob a forma de direitos fundamentais, prevalecendo sobre interesses metaindividuais, coletivos ou difusos da sociedade (BINENBOJM, 2012, p. 16).

Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 25) lembra que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado da maneira mais ampla possível, de modo que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que

esteja contido na esfera temática de um direito fundamental deve ser considerado protegido *prima facie* pela ordem jurídica. Assim, não há espaço para exclusões prévias de condutas desse âmbito de proteção.

Isso não significa a inexistência de um conceito de interesse público como um conjunto de interesses coletivos que a sociedade atribui ao Estado para que ele os concretize. Pelo contrário, como bem ressalta Gustavo Binenbojm (2005, p. 69):

> [...] o que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de um sobre outros. Com efeito, a *aferição* do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

6 Mudança nas fontes do Direito Administrativo

O neoconstitucionalismo deixa de lado uma teoria das fontes do Direito que privilegia o código e a lei formal, de modo a conferir destaque à centralidade da Constituição no sistema normativo, à marcante presença de sua influência em todo o Direito e ao papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2009, p. 38).

O fenômeno da progressiva constitucionalização, que vem transformando de maneira substancial o Direito nas últimas décadas, tem como consequência uma nova compreensão acerca das fontes do Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2012, p. 14).

Essa releitura se mostra importante não apenas pelo fato de a Constituição ter abarcado uma quantidade cada vez maior de normas especificamente voltadas à atividade tipicamente administrativa do Estado, mas, principalmente, por ser inegável, em razão das novas características do constitucionalismo contemporâneo, que a força vinculante de suas normas se tornou bem mais direta e potente do que jamais o foi no constitucionalismo tradicional (MOREIRA NETO, 2012, p. 14).

Assim, a Constituição, seus princípios e, notadamente, seu sistema de direitos fundamentais, devem ser o elemento que confere unidade a todo arcabouço normativo que compõe o regime jurídico-administrativo. É a Lei Maior que se encontra no cerne da vinculação administrativa à juridicidade, representando o fundamento primeiro do agir administrativo (BINENBOJM, 2008, p. 14).

A Constituição dissocia-se da ideia de ser um mero programa político[89] genérico cuja aplicabilidade depende da atuação do legislador, passando a ser entendida como uma norma que habilita diretamente competências administrativas, bem como um critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa (BINENBOJM, 2008, p. 15).

Luis Roberto Barroso (2006, p. 58, grifo nosso) assevera que:

> [...] na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da administração pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; [e] c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

Assim, a própria tarefa de releitura dos paradigmas clássicos do Direito Administrativo tem como protagonista direto a Constituição, no sentido de que os aspectos jurídicos da Administração encontram-se sustentados na sua estrutura (BINENBOJM, 2008, p. 08). Portanto, a Lei Maior passa a representar a principal fonte do Direito Administrativo, nascedouro das mais importantes regras de todo o Direito Público.

Por sua vez, o Direito Administrativo também é influenciado pelo reconhecimento da jurisdição como uma função criativa, na medida em que, com sua decisão, o juiz cria a norma jurídica do caso concreto e, muitas vezes,

[89] No contexto do neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso (2006, p. 31) assevera que: “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos [...]”.

a regra abstrata que regulará outros casos concretos que surgirão no futuro (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 98).

Em cada decisão, o juiz cria, gerando algo novo (DIDER JÚNIOR, 2012, p. 98), de modo que a sua atuação não se restringe à aplicação da lei ao caso concreto. Muito mais, o magistrado deve extrair de todo o Direito aplicável a solução mais adequada, criando uma norma jurídica, que também servirá como fonte de fundamentação para a conduta do administrador público.

Analisando a postura que deve ser tomada pelo juiz no contexto contemporâneo, Fredie Didier Junior (2012, p. 99) constata que:

> [...] Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais [...]. [O] magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

A decisão judicial é um ato jurídico no qual está presente uma norma jurídica individualizada, que é estabelecida pelo Poder Judiciário e se distingue das demais normas jurídicas em virtude da possibilidade de se tornar indiscutível por força da coisa julgada material (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 99).

Por outro lado, quando o juiz interpreta uma lei conforme a Constituição e de maneira a privilegiar a tutela dos direitos fundamentais, ele cria uma norma jurídica para justificar sua decisão. Essa não é uma norma jurídica individualizada, mas, sim, uma norma jurídica resultado da interpretação do texto da lei e do controle de constitucionalidade desempenhado pelo magistrado (DIDER JÚNIOR, 2012, p. 100).

Tal norma que fundamenta o julgado representa as razões de decidir, consubstanciando uma norma jurídica que passa a exercer o papel de regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outros casos concretos (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 100), inclusive naqueles que envolvam o agir administrativo.

Com efeito, a norma jurídica oriunda do exercício da jurisdição enquanto atividade criativa também deve ser considerada fonte do Direito Administrativo. O administrador pode desempenhar a função administrativa com base em normas jurídicas provenientes de decisões do Poder Judiciário, porque embasadas em interpretações conforme a Constituição, com respeito à máxima tutela dos direitos fundamentais.

7 Mudança na relação entre administrador e juiz

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica e pedestre do princípio da separação de poderes, que estabelecia limites rigorosos à atuação do Poder Judiciário, é substituída por outras perspectivas mais inclinadas ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais (SARMENTO, 2009, p. 38).

Ao invés de concepções fundamentalmente majoritárias do princípio democrático, procura-se privilegiar teorias de democracia mais substantivas, que validam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos diretos fundamentais e da proteção das minorias e permitam a sua fiscalização por juízes não eleitos (SARMENTO, 2009, p. 38).

Essa é uma mudança que atinge, também, o desempenho da função administrativa e, até mesmo, da função política.

A despeito da lenta constitucionalização pela qual vinham passando desde o final do século XVIII, os Estados, até o advento da radical mudança de paradigmas do neoconstitucionalismo, ainda eram revestidos de prerrogativas arbitrárias, frutos do absolutismo monárquico, que tornavam possível aos seus governos tanto observar como ignorar as normas constitucionais reservadas à administração dos interesses públicos (MOREIRA NETO, 2012, p. 16).

O resultado dessa desmedida discricionariedade foi a impossibilidade de se realizar qualquer tipo de controle jurídico relativo à observância dessas normas constitucionais até então caracterizadas como meramente programáticas, o que implicava a total irresponsabilidade dos titulares de funções estatais em lhes dar cumprimento, não sendo possível deles exigir qualquer conduta (MOREIRA NETO, 2012, p. 16-17).

Como contraposição a esse cenário sombrio de ausência de controle do gestor público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2012, p. 17, grifo nosso) afirma que:

> [...] **com o neoconstitucionalismo, inverteu-se esse velho paradigma, que garantia a irresponsabilidade do gestor público** de modo que, com o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, tanto as normas preceptivas como as principiológicas passaram a *vincular juridicamente* o exercício de todas as funções estatais e, consequentemente, *constitucionalizaram a definição política e a administração dos interesses públicos*.

Portanto, torna-se possível o controle do mérito administrativo. A definição realizada pelo administrador de como agir diante de uma competência discricionária não é mais matéria pertinente ao seu mero juízo de discricionariedade, algo que gera amplo espaço para sua irresponsabilidade, bem como legitima o arbítrio e o abuso de direito no exercício das atribuições públicas.

Em sua posição característica de ruptura com a teoria clássica do Direito Administrativo, Gustavo Binenbojm (2012, p. 18), ao defender a superação da velha dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, afirma que a constitucionalização do Direito Administrativo estabelece a existência de variados graus de vinculação à juridicidade, de acordo com a densidade da norma aplicável ao caso.

Sistematizando os níveis de controle da Administração Pública contemporânea, Gustavo Binenbojm (2012, p. 19) ensina que:

> Do ponto de vista do administrador, seu grau de liberdade decisória varia na razão inversa do grau de sua vinculação à juridicidade. Do ponto de vista do controle, quanto maior a objetividade da norma aplicável, mais específico e direto o controle a ser realizado. Assim, na aplicação das regras, o controle é mais severo, pois consiste na verificação da correta subsunção dos fatos à norma. Na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o papel do órgão de controle é o de aferir se as zonas de certeza positiva e negativa do conceito foram respeitadas pelo Administrador, bem como se as suas razões são sustentáveis, quando se encontre na chamada zona de incerteza. Por fim, na aplicação de princípios, caberá ao controlador verificar se a Administração não adotou conduta inadequada, desnecessária ou desproporcional em relação aos fins pretendidos pela norma principiológica.

Nesse cenário, doutrina e jurisprudência recorrentemente se utilizam de inúmeros princípios, alguns com status constitucional, como os da moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica, economicidade, interesse público, motivação, entre outros, considerados fundamentais para limitar a discricionariedade administrativa e expandir o controle externo realizado pelo Poder Judiciário[90] (DI PIETRO, 2006, p. 20).

Vale ressaltar que a já mencionada técnica da ponderação, inclusive, é utilizada em vários países do mundo como um instrumento de controle da discricionariedade administrativa (BINENBOJM, 2005, p. 70).

Destarte, o reconhecimento da força normativa dos princípios contribuiu para esse aumento considerável no âmbito jurídico do controle da Administração, no sentido de possibilitar uma aplicação impediente e uma aplicação ponderada dessas normas jurídicas, sejam elas explícitas ou implícitas (MOREIRA NETO, 2012, p. 17).

Ademais, não se pode deslegitimar o controle do juiz sobre o mérito do administrador com base em uma suposta fragilidade na discussão da moral no Direito Administrativo.

É certo que com o reconhecimento da força normativa de princípios dotados de substancial carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo faz com que o Direito se traduza em um ambiente favorável para o debate moral (SARMENTO, 2009, p. 38).

Nesse cenário, a argumentação jurídica confere um grande espaço para a moral, à luz da influência dos princípios e valores constitucionais revestidos de significativo conteúdo moral, que permitem ao intérprete buscar, em cada situação difícil, a solução mais justa, no próprio marco do sistema normativo (SARMENTO, 2009, p. 40).

As fronteiras que separam o Direito e a moral continuam a existir, entretanto possibilitam uma troca de experiências entre os dois domínios,

---

[90] Nesse mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (2006, p. 61): “Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa”.

porquanto o próprio ordenamento jurídico abarca, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, que começam a ser aplicados nos casos concretos (SARMENTO, 2009, p. 40).

Conclusão

A despeito da grande dificuldade em sua conceituação, o neoconstitucionalismo vem se apresentando para o Direito como um fenômeno propulsor de uma série de mudanças, as quais se relacionam com o surgimento de novos paradigmas na teoria jurídica e na prática dos tribunais, tendo como ponto de partida o reconhecimento da centralidade da Constituição.

A partir de premissas como a constitucionalização do Direito, a normatividade da Lei Maior, a necessidade de concretização dos direitos fundamentais tendo como base a dignidade da pessoa humana, o pós-positivismo, a judicialização dos setores sociais e uma nova teoria das fontes, o neoconstitucionalismo projeta seus efeitos para todos os ramos do Direito, implicando a releitura de vários de seus institutos clássicos, atingindo, inclusive, o Direito Administrativo.

Com base na percepção de que as atividades atribuídas aos Estados giram em torno dos direitos fundamentais, verificou-se a centralidade desses direitos no desempenho da função administrativa. A fruição dos direitos fundamentais depende diretamente do desempenho da função administrativa, o que demonstra que esses direitos passam a ser um dos elementos legitimadores da atuação estatal, justificando a sua própria existência.

Aliado à identificação da insuficiência da antiga forma de interpretar o Direito Administrativo, o neoconstitucionalismo implica uma verdadeira expansão das possibilidades de interpretação das normas do regime jurídico-administrativo. Considerando que a Constituição é a fonte principal do Direito Administrativo, a hermenêutica constitucional passa a desempenhar um papel essencial na aplicação de suas normas jurídicas.

Diante do caso concreto, nas hipóteses em que a Constituição ou a lei não houver esgotado todos os juízos possíveis de ponderação entre interesses

públicos e privados, a Administração deverá realizar tal técnica de interpretação, de modo a encontrar o melhor caminho para a sua máxima realização.

A normatividade dos princípios, ratificada pelo fenômeno do neoconstitucionalismo, ocasiona uma verdadeira mudança no sistema de normas do Direito Administrativo, colocando à disposição do Estado uma série de situações em que será necessário selecionar a norma jurídica – não previamente estabelecida, mas concretamente escolhida – que melhor se adéque aos anseios da sociedade e, sobretudo, à concretização da Constituição e dos direitos fundamentais.

Para exemplificar a mudança na principiologia administrativa, viu-se que o princípio da legalidade deixa de estabelecer a simples subserviência à lei por parte da Administração, cuja atuação não mais se restringe àquilo que o legislador autoriza ou determina, mas deve traduzir uma vinculação direta a todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico, sobretudo aqueles de natureza constitucional.

Do mesmo modo, a Constituição é diretamente influenciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual estabelece a necessidade de se realizar, em alguma medida, a tutela do interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. Essa ampla proteção aos interesses particulares não permite que se conclua pela existência do princípio da supremacia do interesse público.

Com o neoconstitucionalismo a Lei Maior passa a representar a principal fonte do Direito Administrativo, nascedouro das mais importantes regras de todo o Direito Público. Em outro aspecto, a norma jurídica oriunda do exercício da jurisdição enquanto atividade criativa também deve ser considerada fonte do Direito Administrativo.

À luz da ponderação e tendo como parâmetro os princípios e valores constitucionais, torna-se possível o controle do mérito administrativo por parte do Poder Judiciário.

Destarte, fica claro que o neoconstitucionalismo, a partir da Constituição de 1988, vem impulsionando diversas transformações no Direito

Administrativo, que não se restringem às trazidas no presente trabalho. Certo é que, aos poucos, a Administração Pública vem assumindo novas feições, adequadas à sua qualidade de principal promotora do interesse público e do respeito à dignidade dos administrados.

Referências

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 17. jan./fev./mar. 2009. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 11.03.2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Brasília. n. 2. p. 26-72. out. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 13. mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 11.03.2013.

________________. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. v. 59. p. 49-82. 2005. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=760398> Acesso em: 11.03.2013.

________________. Entrevista sobre o Direito Administrativo. Belo Horizonte, MG, 2012. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 84. n. 3. p. 15-23. jul./ago./set. 2012. **Entrevista concedida a Cláudia Costa Araújo, Leonardo de Araújo Ferraz e Silvia Costa Pinto Ribeiro de Araújo**.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14. ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 5. jan./fev./mar. 2006. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-MARIA%20SYLVIA%20ZANELLA.pdf>. Acesso em: 11.03.2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 23. jul./ago./set. 2010. Disponível em: <http://direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 11.03.2013.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Constitucionalização do Direito Administrativo. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**. Belo Horizonte. n. 2. p. 13-23. jan./dez. 2012.

_________________. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia. n. 2. jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 11.03.2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, Marcelo [org.]. **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2009, p. 31-68.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado – RDE**. v. 4. p. 23-51. 2006.

CAPÍTULO 4

NOVOS DIREITOS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS ADOTADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL?

Andréia Garcia Martin[91]
DOI 10.11117/9788565604185.04

RESUMO: O presente trabalho, sob a análise dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, bem como a sua evolução no decorrer da história através das gerações de direitos, pretende estabelecer à presença dos direitos fundamentais de solidariedade uma nova categorização de direitos, quais sejam: o direito fundamental de inclusão social, que rotulados como direitos de toda à humanidade se mostram necessários na atualidade dado o mastodôntico número de pessoas que se encontram excluídos das benesses do Estado Constitucional e Social de Direito. Constatar-se-á as origens da exclusão, respondendo as indagações acerca do que é inclusão social e como será possível a confirmação de citado direito. Inferir-se-á que não somente os direitos que constam do rol do artigo 5º são fundamentais, mas sim todo a gama de direitos que dizem respeito às condições mínimas de existência humana, que decorrem dos princípios e dos objetivos constitucionalmente instituídos.

ABSTRACT: This work, under the analysis of the fundamental rights found in the Constitution of 1988 and its evolution throughout history through generations of rights, seeks to establish the presence of the fundamental rights of solidarity a new categorization of rights, namely: fundamental rights of social inclusion, which labeled the rights of all humanity show needed today given the mammoth number of people who are excluded from the benefits of the State Constitutional and Social Law. Note will be the origins of exclusion, answering questions about what is social inclusion and how it will be possible to confirm the cited law. Inference will be that not only the rights set out in Article 5 of the list are essential, but a whole range of rights that relate to the minimum conditions of human existence, deriving from the principles and objectives constitutionally imposed.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais; Geração de Direitos; Inclusão Social; Novos Direitos Fundamentais; Direitos Decorrentes de Princípios.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Generation Rights; Social Inclusion; New Fundamental Rights; Rights Arising from Principles.

---

[91] Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE-Bauru/SP. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogada

> Não é a consciência do homem que lhe determina o ser, mas, ao contrário, o seu ser social que lhe determina a consciência.
>
> *Karl Marx*

INTRODUÇÃO

Passados exatos vinte cinco anos da promulgação, em terrae brasilis, do documento fundante do Estado, cognominado *Constituição Cidadã,* muito se modificou acerca da própria concepção do ordenamento jurídico nacional, bem como das transformações oriundas da sociedade.

Nunca se teve tanta *esperança* que uma Constituição em terras tupiniquins tivesse efetividade e promovesse a concretização dos direitos fundamentais que todos os cidadãos brasileiros fazem jus. Certamente, a Constituição da Primavera de 1988 foi, está sendo, e, será, o baluarte em que *floresce* a proteção do ser humano sem precedentes na história brasileira.

Ademais, dos direitos fundamentais positivados em seu bojo, há que se assentar reparo nos direitos fundamentais de terceira dimensão, que apesar de estarem normatizados desde o advento da Constituição Federal de 1988, a necessidade desses direitos se tornou premente diante de um contexto de modificação sócio-política, do processo de modernização e de informatização mundial.

Pode-se, então afirmar que tais direitos sofrem, em sua maioria, de um problema congênito, qual seja sua inconcretude e ineficácias sociais, no âmago dos Poderes Públicos. Tal doença social se alastra onde os poderes públicos se mostram deficientes na aplicação de um antídodo eficaz, deixando os cidadãos desprotegidos o que culmina na marginalização e na exclusão social.

Desta forma, faz-se necessário, ante todas essas modificações a consignação, de forma decorrente, de um novo direito fundamental que se pode extrair dos princípios adotados pela Constituição Federal, com o intuito de se outorgar aos excluídos do amago social sua inclusão. Configura-se em uma ampliação do rol já existente de maneira a proteger com maior eficácia certos membros da sociedade excluídos, marginalizados das benesses do sistema de proteção estatal.

O Direito fundamental à Inclusão Social, decorrente do Direito de Solidariedade, possibilidade prevista no art. 5º, §2º. Direito este que trataremos de forma mais aprofundada no correr deste trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Adentrando-se ao estudo dos direitos e garantias fundamentais, deve-se ter em mente que sua origem provém de raízes históricas, que desde seu surgimento até sua positivação, no atual Estado Constitucional, insurgiram profundas modificações naquela que poderíamos chamar de *primeira aparição*, consignada no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, determinando que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição".

A partir deste enunciado, criou-se um contexto cultural propício para o surgimento das primeiras constituições, que, com o fito de frear os abusos do absolutismo monárquico, restringiu o poder estatal, e baseado no princípio da separação de poderes tinha o intuito de garantir e proteger certos direitos fundamentais, dilatadamente propugnados por ocasião da Revolução, fomentador desta Declaração, quais sejam: Liberdade, igualdade e fraternidade.[92]

Inicialmente, nas Constituições que se originaram desta declaração vislumbra-se destacadamente a presença dos direitos de liberdade, encontrávamo-nos no Estado Liberal de Direito, era a consignação da primeira geração de direitos.

Já no século vinte, entre os anos de 1917 e 1919, surgiam documentos constitucionais, tanto na América como na Europa, respectivamente no México e na Alemanha, que trouxeram a positivação dos direitos de igualdade, era o primeiro abrolhar, após a Revolução Francesa, dos direitos sociais, os

[92] Em que pese os revolucionários terem como slogan essas três ordens de direitos, eles não se locupletaram de forma automática e conjunta, pois apesar de ser grandiosamente ideologizado a conjugação de ambos os direitos, o Estado que se formava ainda não estava preparado para, em um só momento, efetivá-los equitativamente nas primeiras constituições do século XVIII

chamados direitos de segunda geração, tendo ao lado destes os direitos de liberdade.

> [...] o que se tem verificado na história do direito é um processo de gradativa, cumulativa e seqüencial institucionalização dessas aspirações, que aos poucos vão sendo retiradas de sua dimensão puramente filosófica e abstrata e vão sendo inseridas nos ordenamentos jurídicos positivos, de modo a ganhar as indispensáveis condições para a sua concretude material.[93]

Posteriormente, uma nova declaração veio ratificar, sobremaneira, esses direitos, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Com esta Declaração completou-se o *mote* dos revolucionários franceses, a fraternidade passa a ser valor fundamental a ser positivado nas Constituições subsequentes, especialmente pelo ambiente de consternação sob o panorama deixado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, de total desconsideração para com o ser humano.

> Na verdade o que aparece no final do século XVIII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: As liberdades públicas. A segunda virá logo após a primeira guerra mundial com o fito de complementa-la: são os Direitos Sociais. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos “Direitos de Solidariedade.[94]

Portanto, pode-se afirmar que, somente a partir de sua positivação constitucional, esses direitos ganharam *status* de fundamentais. Uma vez que, somente no âmago de um verdadeiro Estado Constitucional é que se poderá vislumbrar a efetividade dos direitos fundamentais. Pois, irradiando-se a todo aparato estatal o constitucionalismo promoverá a concretização desses direitos.

Ademais, há que se lembrar da presença do princípio *mater* de toda evolução jurídica neste orbe: a dignidade da pessoa humana.

---

[93] ZAVASCKY, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 15, p. 227 – 232, 1998, p. 230

[94] LAFER, Celso, Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

Portanto, o respeito à dignidade humana deve ser assegurado a todos os membros da sociedade, independentemente de suas peculiaridades. Esta posição é defendida por Flávia Piovesan ao afirmar, por exemplo, que:

> É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro *superprincípio* a orientar o Direito Internacional e o Interno.[95] (grifou-se)

A insígnia de superprincípio ao princípio da dignidade, mais uma vez contempla-se pela premente necessidade que nossa sociedade aspira ao vê-lo autenticamente cumprido.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se o prelúdio da instauração do Estado Constitucional Democrático e Social de Direito no Brasil, no qual, em seu cerne, os direitos e garantias fundamentais[96] detêm lugar privilegiado.

Igualmente, é premente apontar a organização da República Federativa do Brasil, na atualidade, como sendo um Estado Social e Democrático de Direito, fruto da junção dos principais fundamentos dos três momentos que antecederam a atual formação do Estado Constitucional: proveniente do Estado Liberal utilizou-se da supremacia da Constituição, para restringir e controlar o Poder Estatal, além de garantir o respeito aos direitos individuais dos cidadãos; do Estado Social, ao assegurar princípios e direitos sociais oponíveis ao Estado, firmando uma postura positiva e dirigente; do

[95] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**. (Neo) Constitucionalismo. Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre. n. 2, p. 79-100, 2004, p. 92-93.

4 [96] Os "direitos fundamentais" possuem nominação diversa dentro do universo jurídico, tais como: "direitos humanos", "direitos constitucionais", "direitos públicos subjetivos", "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", entre outros. Porém, no transcurso desse trabalho será utilizada a expressão mais usual, ou seja, direitos fundamentais do homem, adotando-se o entendimento de
José Afonso da Silva, que afirma que esta "constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas". (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 182).

Estado Democrático encerrou os objetivos de realmente garantir a participação popular nas decisões políticas, rejeitando qualquer espécie governo autoritário.

A Carta de 1988 conseguiu conglomerar harmoniosamente as influências dessas espécies de Estado *infectando* do plexo social a democracia.

Em se falando de Estado de Direito, não estamos pensando aquele nominado "governo das leis" em seu sentido formal, mas, pelo contrário, aquele que além de consignar direitos, através da lei, também possibilita a realização das garantias, com procedimentos fundados num instrumental estatal onde se determina a competência dos órgãos e a organização do poder.

Os direitos fundamentais têm como ponto de contato no sistema jurídico sua *fundamentalidade,* que poderá ter natureza formal ou material. Em complemento a referida classificação, que, de certa forma, é simplista, José Afonso da Silva aprofunda-se, ampliando e modificando algumas nominações. Para o citado autor, há direitos fundamentais expressos, implícitos e decorrentes. Os primeiros referir-se-iam diretamente aos denominados formais, já os implícitos e os decorrentes, enquadrar-se-iam nos materiais.[97]

2.1 A Fundamentalidade Formal dos Direitos Fundamentais

A fundamentalidade formal está intimamente associada aos direitos positivados na Constituição. O art. 5º, §1º da Constituição Federal, demonstra claramente o significado formal da fundamentalidade, ao afirmar que as normas que estabelecem os direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis. Tem-se, ainda, como exemplo dessa modalidade de fundamentalidade, as normas que detêm um núcleo imodificável, pétreo (art.60, § 4º, CF).

[97] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 197. O autor nos apresenta essa classificação tão-só se referindo a direitos individuais. Contudo, entende-se, que ela poderá se estender às demais tipologias dos direitos fundamentais (Título II da Constituição de 1988) e, até mesmo, para os direitos sociais que também são considerados direitos fundamentais. A Organização das Nações Unidas considera os direitos individuais e os direitos sociais como indivisíveis e como tendo o mesmo nível de obrigatoriedade. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25).

A fundamentalidade formal, eminentemente, refere-se àquelas normas que têm forma constitucional, assentando-se à ordem jurídica num grau mais elevado que as demais. De tal modo, por serem de grande importância tanto para o indivíduo como para a coletividade e detentoras de uma elevada superioridade dentro do ordenamento jurídico, lhes são reservadas um ponderoso tratamento pelo poder constituinte; são normas que estabelecem limitações formais e materiais a reformas do Texto Constitucional.

Além de serem normas que corroboram para uma vinculatividade incontinente aos poderes públicos, no qual se instituirá determinados parâmetros materiais, os quais os Poderes de Estado deverão se pautar em suas ações, decisões e controles.

Esses direitos fundamentais, ainda em seu sentido formal, conforme os ensinamentos de Jorge Miranda são compreendidos como disposições jurídicas subjetivas dos indivíduos, à medida que confirmadas pela Constituição.[98] Esta primeira categoria está ligada ao direito constitucional positivo e ocupa lugar proeminente na ordem jurídica.

Diante da adoção de tais critérios, lobriga-se que, ao se adotar apenas como fundamentais os direitos que tenham congênitos em si o aspecto formal, tornar-se-ia incapaz de determinar a perfeita identificação de tais direitos constitucionalmente previstos, haja vista que, há uma dilatada gama desses direitos que têm apenas a fundamentalidade material, como o caso dos direitos sociais e, especificamente os direitos dos idosos constantes do Estatuto do Idoso, ou seja não se encontram na lista que sustenta aquela nomenclatura.

Em oposição, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, na contramão da maior parte da doutrina, entendem que o traço da fundamentalidade de certos direitos depende, exclusivamente, da força formal que a Constituição proporciona a estes, não importando seu conteúdo. Afirmando que “os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”.[99] Sob este argumento, se analisarmos a

[98] MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional. t. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 9
[99] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos Direitos Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direito**

fundo o art. 60 § 4º, inc. IV, constando unicamente o termo "direitos individuais" como incapazes de serem submetidos a processo de Emenda à Constituição entende-se que os demais direitos fundamentais que não sejam nominados como *individuais* não fazem jus a qualidade de *imodificável* e, quiçá, fundamentais. Subentendendo-se que haja certa hierarquia entre direitos, o que em verdade é inexistente, sustentando, portanto, apenas a existência de direitos fundamentais quando dotados de fundamentalidade formal.

2.2 A Recrudescente Fundamentalidade Material dos Direitos Fundamentais

Trilhando-se o caminho proposto por Dimitris Dimoulis e Leonardo Martins, o reconhecimento da existência de direitos fundamentais simplesmente de índole formal, tanto por se situarem em lugar determinado, já que, na Constituição, fazem parte do Título II, como por terem ínsitos a natureza de *petrealidade*, esvazia-se, sobremaneira o Texto Magno. Pois, os demais direitos fundamentais, que são marcados com o *adereço* da materialidade, também apresentam relevância equivalente aos primeiros, bem como os que decorrem dos princípios e do regime adotados por nossa Carta Maior.

Ora, pode-se cotejar que a "base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o 'homem individual', mas também o homem inserido em relações sociopolíticas e socioeconômicas e em grupos de várias naturezas, com funções sociais diferenciadas".[100]

Nessa linha de raciocínio, é fácil verificar que, mesmo que faça parte do Texto Constitucional a *insígnia* concernente apenas a direitos individuais, não perdem a fundamentalidade demais direitos que sejam aplicáveis a uma categoria, a uma comunidade, a uma coletividade, a uma faixa da sociedade, ou mesmo difusamente.

---

fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 120

[100] CANOTILHO. José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112

Ademais, é necessário ressaltar que a própria Constituição Federal não uniformizou sistematicamente um *termo* ao se referir aos direitos fundamentais, contudo, não deixou dúvidas de que se tratava de direitos dotados de fundamentalidade.[101]

Em tempo, essa falta de consenso quanto à locução referida reflete a heterogeneidade dos representantes da sociedade que integraram a elaboração da Carta Constitucional por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

Há que se considerar que o Texto Constitucional não é latentemente enclausurado em uma realidade abjeta a mudanças. Ao contrário, participa de uma dinâmica e crescente imersão no âmago da realidade social. Acompanhando tal afirmação tem-se o entendimento de Friedrich Müller, ao suscitar que:

> O 'sistema de direitos fundamentais' assim compreendido não é fechado, nem passível de ser concluído pela concretização da Constituição. Ele está decisivamente relacionado ao objetivo de unidade do ordenamento fundamental livremente democrático. Uma 'unidade' das estruturas reais da vida social, estruturas essas materialmente determinadas e paralelamente asseguradas pelos direitos fundamentais [...] e também no princípio do Estado de Direito [...].[102]

Não obstante, o extenso catálogo de direitos fundamentais[103] que integram o artigo 5º, tais direitos não se exaurem em seus setenta e oito incisos, haja vista que o seu próprio §2º é enfático ao afirmar que existem, ainda, aqueles direitos que são implícitos decorrentes, pois, dos princípios consagrados no bojo constitucional, dentre eles diferenciam-se os oriundos dos fins almejados pelo Estado Democrático de Direito e dos fundamentos da

[101] A Constituição Federal utilizou-se de termos como: "prevalência dos direitos humanos", art. 4º; "direitos e liberdades fundamentais", art. 5º, XLI; "direitos e garantias fundamentais", art. 5º, §1º; "direitos e deveres individuais e coletivos", Capítulo I; "direitos fundamentais da pessoa humana", art. 17; "direitos da pessoa humana", art. 34, VII, b; e "direitos individuais", nos arts. 145, 1º, 68, II, 85, III

[102] MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 296.

[103] "Os direitos fundamentais exigem a democracia material, pois apenas nesta os requisitos da dignidade poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coacções derivadas do poder econômico e social." (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 149).

República Federativa do Brasil. Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

> Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.[104]

Consubstanciando o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet[105], a fundamentalidade material parte da premissa de que os direitos fundamentais refletem sobre a estrutura do Estado e da sociedade, bem como sob o âmbito do escopo do Estado.

Da análise do art. 5º, § 2º, donde consta que *"os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*. Presume-se que esta norma permite que, mesmo os direitos que se encontram fora do Título II da Constituição Federal, bem como, aqueles que nem sequer a integrem, sejam reputados como direitos fundamentais.

Convém destacar, que o conceito de direitos fundamentais materiais não se restringiria tão-só aos direitos consagrados pelo Poder Constituinte, mas também, consistiriam em direitos provenientes da concepção de Constituição e da conjectura do Direito predominante, do *sentimento jurídico da coletividade*, que impossibilitaria o distanciamento de um respeito pela dignidade do homem concreto.[106]

Vislumbra-se na catalogação dos direitos fundamentais uma fresta a outros que, por refletirem uma importante ordem de valores dominantes, edificados sob o preâmbulo constitucional e os princípios fundamentais da República (1º a 4º do Texto Constitucional), estão fulcrados num Estado

---

[104] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 68
[105] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86
[106] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 372

Constitucional Democrático e Social de Direito, com o intuito de corroborar para um amplo *espectro* de direitos da pessoa, proporcionando o alcance da dignidade de cada integrante do corpo social.

Dessa forma, "direitos fundamentais materiais seriam, nessa perspectiva, os direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa dessa subjetividade pessoal".[17]

Porém, é imprescindível ressaltar que, para a possibilidade de caracterização de um direito a partir de sua fundamentalidade material, necessário se faz o sopesamento de seu conteúdo, que deverá ter inserido em si decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS ADOTADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Considerando que, a característica da fundamentalidade se faz presente, também, em outros direitos fundamentais que se encontram fora do catálogo da Constituição Federal[107].

Dessa forma, utilizando-se do Princípio da não tipificação dos direito fundamentais, por meio da abertura à realidade social, se ampliará o rol de desses direitos de tal forma que se favorecerá o desenvolvimento e a efetivação integral de todo o embasamento do sistema constitucional.

Assim, o constituinte prevendo tal preciosidade, inteligentemente, incluiu por meio do art. 5º o § 2º a possibilidade de se compreender como fundamentais direitos não expressamente albergados no Texto Constitucional, como os implícitos, que são decorrentes dos princípios e do regime adotados pelo Estado e os derivados de Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Tendo em vista que a Carta Constitucional, irradiante arcabouço normativo, "não se reduz ao seu texto, o que conduziria a uma concepção estática, mas antes, se constrói e reconstrói permanentemente na circularidade

---

[107] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86

dos diversos procedimentos do Estado Democrático de Direito, independente de mutação textual mediante reforma constitucional"[108]

Essa abertura do catálogo dos direitos fundamentais visou abranger o maior número de direitos que, de certa maneira são essenciais à existência humana, e, por conseguinte, mantêm o caráter de fundamental.

Por outro lado buscam oxigenar o sistema jurídico com novas possibilidades de proteção sem a necessidade de alteração incessante do Texto Constitucional ante os *avatares* sociais.

Nessa vereda, Ingo Wolfgang Sarlet[109] apresenta-nos uma classificação aludindo diretamente ao § 2º do art. 5º da Constituição Federal, em que se pode conjecturar duas espécies de direitos fundamentais, quais sejam: a) os direitos formal e materialmente fundamentais, com embasamento na Constituição formal; e b) os direitos tão-só materialmente fundamentais, que não têm expressamente suas bases no catálogo da Constituição.

Quanto à primeira espécie não há maiores dúvidas, porquanto todos consistem da própria Constituição.

Porém, quanto aos segundos, que por sua vez, se distinguem em duas vertentes – direitos fundamentais implícitos ou derivados e os decorrentes –, há que se fazer algumas considerações.

Os direitos fundamentais implícitos seriam os *derivados* diretamente do *catálogo*, que possuem importância e conteúdo em consonância com aqueles, refletindo a essência dos princípios e do regime consagrados na Carta Constitucional.

Portanto, ao elencar um rol de direitos fundamentais, o constituinte demonstrou que o fez, considerando as necessidades de positivação de determinados direitos, como sendo essenciais na sociedade da época.

Evidentemente, ao reafirmar a possibilidade de aceitar e congregar como fundamentais aqueles direitos não explicitamente positivados no Texto

---

[108] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 195
[109] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 92

Constitucional seria uma forma de adequá-lo às necessidades de uma sociedade em constante mutação e complexificação. Oferecendo-nos "a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais".[110]

> Já os direitos decorrentes do regime e dos princípios não se confundem com a categoria dos direitos implícitos, considerados estes na acepção estrita de posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais da Constituição.[111]

Por direitos decorrentes dos princípios adotados pela Carta, têm-se aqueles que estão em direta conexão ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que favorece a ilação de novos direitos fundamentais. Tendo em vista que este princípio, por estar expressamente previsto no art. 1º, I, da Constituição, compõe valor unificador de todos os direitos fundamentais do ordenamento pátrio, além de legitimar o reconhecimento das demais espécies de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou constantes de Tratados internacionais.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais decorrentes da Constituição seriam aqueles que, mesmo não presentes de forma direta em seu corpo, possibilitam o real alcance da *essência* constitucional, por serem edificados conforme os princípios, o regime, finalidades e fundamentos ditados pelo Texto Maior. Ora,

> [...] o Estado não é um aparelho sem objetivos, nem pode selecionar livremente seus objetivos. Enquanto Estado constitucional, ele está submetido na realização dos objetivos constitucionais. O Estado está, pois, constitucionalmente vinculado quanto aos meios e quanto aos fins. [112]

Desta forma, entendendo-se que os objetivos da Carta de Outubro, em certa medida vinculam o Estado através de seus órgãos, em se fazendo uma interpretação teleológica deste documento fundante de nosso Estado, há que

---

[110] CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 154

[111] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 101

[112] SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

se considerar como direito fundamental aquele decorrente dos fins almejados pelo Estado.

Um desses fins estaria presente no art. 3º incisos I e III, combinado com o princípio inscrito no art. 1º, inciso I da Constituição Federal, assim, dispondo de forma retórica, faz-se mister que: com a finalidade de se garantir uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na erradicação da marginalização dos membros desta, com o intuito de assegurar a todos uma existência em condições de vida digna, eis que desvela-se o direito fundamental à inclusão social.

Novo direito este que se extrai do direito [princípio] da solidariedade que se passa a analisar.

3.1 O Direito de Solidariedade[113]: Instituidor do Novo Direito Fundamental à Inclusão Social

A terceira etapa da evolução dos direitos fundamentais, marcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, composta pelos direitos de fraternidade e/ou solidariedade, dão a tônica das motivações constitucionais das constituições posteriores. Vejamos as alucubrações de José Joaquim Gomes Canotilho:

> A partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro

---

[113] Em terrae brasilis, encontramos em diversas passagens do Texto Constitucional de 1988 a presença do direito de solicariedade, relembramose alguns: Art. 40. "Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, [...]"; Art. 194. "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, [...]"; Art. 195. "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, [...]"; Art. 196. "A saúde é direito de todos e dever do Estado, [...]"; Art. 203. "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, [...]"; Art.

"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, [...]"; Art. 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, [...]; Art. 230. "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, [...]"

> nome dos direitos em causa: direitos dos povos. Por vezes, estes direitos são chamados direitos de quarta geração.[114]

Com a terceira geração de direitos fundamentais vislumbra possibilidades além daquelas trazidas pelas duas gerações que a antecederam, proporciona o alicerçamento a direitos comuns a toda sociedade, que premem por um desenvolvimento humano de todos os cidadãos desta sociedade que se avulta, com ênfase humanística.

Nesta senda, Paulo Bonavides[115] nos apresenta, segundo o seu entendimento, rol exemplificativo de tais direitos, quais sejam: direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e o patrimônio comum da humanidade.

Contudo, apesar desta classificação, esses não são os únicos, pode-se extrair outros que possuem as mesmas características desses e que "por seu conteúdo, por sua substancia, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo"[116]

Portanto, entende-se que incluir socialmente é perceber que todos têm diferenças e com a valorização delas é que se forma uma sociedade inclusiva e solidária e que tem por valor axiológico fundamental: a pessoa humana dignamente considerada. Assim, segundo Jônatas Luiz Moreira de Paula entende que, "a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico".[117]

E mais, no anseio de se alcançar uma sociedade que respeita, dignifica e é solidária com os marginalizados sociais, depende de ampla atuação do Poder Público criando instrumentos para suprir as desigualdades arraigadas no decorrer da história, colocando-os a salvo de qualquer novo processo de

[114] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 386

[115] BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 523.

[117] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 90

desigualdade que os exclua novamente, por meio de uma engenharia *sócio-estatal* que lhes envolvam numa redoma de solidarismo social.

Neste mesma insígnia, "o discurso do solidarismo jurídico não é somente uma maneira de falar do direito; ele é também um olhar sobre a sociedade como um todo [...]", pois "a verdadeira essência do socialismo repousa sobre uma 'filosofia pluralista do direito e da sociedade'".[118]

Com efeito, tem-se que cabe na moldura dos direitos decorrentes dos princípios ou objetivos adotados pela Constituição Federal, uma gama infindável de direitos, que se somam aos benefícios adquiridos pelas transformações da sociedade.

> Trata-se de uma "norma de fattispecie aberta", de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de "direitos" que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao princípio da não identificação ou da cláusula aberta.
> Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais."[119]

Assim, os direitos articulados como de terceira geração que sobrevieram a acolher direitos sociais, comuns à sociedade, elucubravam o estádio contemporâneo do desenvolvimento humano, quando suas inquietações regressaram às preocupações inerentes aos interesses coletivos.

> Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos da solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidade em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[120]

3.2 O que é Inclusão Social?

O panorama que se evidencia no atual estádio do Constitucionalismo, em sua fase de avançada modernização e complexificação social, econômica e política, eivado de alternativas protetivas e promotoras dos direitos

---

[118] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. São Paulo: Monoele. 2002, p. 91
CASTRO FARIAS, J. F. de. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 275
[120] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 369

assegurados constitucionalmente; impinge-se a realidade que se desvela, com uma miríade de pessoas à sua margem, excluídas de seus benefícios. Deparamo-nos com a crescente tendência de se marginalizar socialmente as pessoas vistas por diferentes, que, por estarem na contramão dos usuais padrões de aceitabilidade social, acabam sendo excluídos, já que não se encaixam nos padrões de normalidade.

Por conseguinte, torna-se premente a busca por instrumentos que arquitetem um complexo de bens no intuito de se alcançar a almejada cidadania inclusiva, em que se reconheça e se respeite as diferenças, bem como as liberdades fundamentais.

Emparelhando essas liberdades em íntimo acoplamento com os objetivos fundamentais da Constituição da República, no intento de se edificar uma sociedade justa e solidária, adotando por parâmetro a extirpação da marginalização e a atenuação das desigualdades sociais, protegendo, desse modo, as minorias.

Com efeito, convém acentuar que pessoas ou grupos marginalizados ou estereotipados, sofrem duas formas de exclusão, uma decorrente da ausência de solidariedade social, que não lhes proporciona a inclusão no organismo social, e outra que, mesmo ao se esboçar uma inclusão, suas diferenças são abnegadas, desconsideradas, mantendo-os estagnados na mesma situação.

Isso porque, o processo de exclusão se apresentou das mais variadas formas no decorrer da história. Alguns foram marginalizados por decorrência da cor da pele – os negros sofreram um processo secular de segregação no mundo todo –, outros por orientação sexual distinta, outros pela imperfeição ou deformidade, outros pelas deficiências, ou pela idade avançada.

Já no século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se o nominado Estado de bem Estar Social, que induziu ao abandono da perspectiva individualista, registrando nas Constituições[121] do Século XX o princípio da solidariedade.

---

[121] Ana Paula de Barcellos enfatiza ainda que: "Na Europa, [...] a partir da segunda metade do século XX, e progressivamente nos demais países de influência romano-germânica,

Dessa forma, constata-se que, de um modo geral, foi com o segundo pós-guerra que se deflagrou o declínio do individualismo liberal, e a retomada do ideal sufragado na Revolução Francesa: a fraternidade, agora sob as vestes da solidariedade.

Igualmente, esta afirmação sufragada é também defendida por Ricardo Lobo Torres, que ao deliberar sobre a solidariedade aduz que esta:

> [...] penetra na ideia de justiça, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais. A justiça social e a justiça distributiva passam pelo fortalecimento da solidariedade da mesma forma que os direitos sociais também dependem dos vínculos de fraternidade.[122]

Dentro dessa concepção, a repartição mecânica de benefícios sociais, sem qualquer observação acerca das reais necessidades que careciam os mais variados grupos, é responsável pela criação de uma coletividade abstrata. Além disso, os valores solidários foram progressivamente neutralizados ou mesmo ultimados. Ou seja, o cumprimento dessa forma de *assistencialismo*, apesar de se fundar sob o manto de uma nova concepção de solidariedade, na realidade, colaborou para um pernicioso desengajamento dos indivíduos nas ações estatais.

Com a agregação de vários grupos marginalizados – desconsiderando-se suas diferentes necessidades, habilidades e possibilidades – nessa única condição de excluídos socialmente, ostentou-se intencionalmente sabotar suas diferenças.

consolidou-se o entendimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas e, mais que isso, normas dotadas de superioridade hierárquica. Isto é: são imperativas, existem para realizar-se e estão à disposição de todos os jurisdicionados. [...] Ocorre que, no mesmo contexto em que afirmou sua normatividade, a Constituição progressivamente ampliou seu papel. Além de estruturar o Estado, as Cartas incorporaram em seus textos definições valorativas e também ideológicas” (BARCELLOS, Ana

Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 16-17). Vislumbra-se, assim, que a Constituição Federal de 1988 albergou tal posicionamento ao constituir como objetivos fundamentais da República a busca de uma sociedade solidária.

[122] TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 280-281

O *lugar comum* que este termo perfaz equivale a alocarmos todos os excluídos num mesmo *balaio*, e *distribuirmos* políticas sociais sem vislumbrarmos suas peculiaridades, suas reais diferenças.[123]

Ademais, para incluí-lo, não basta tão-só lhes *apresentarmos* seus direitos, ou mesmo trocar o "*ex*" por *"in"* no núcleo social, esse segmento populacional já se encontra inserido na sociedade, é parte dela.

Não é o caso de *colocar dentro*, é mais que isso!!

Para se incluir de forma efetiva e duradoura, dever-se-á percorrer tortuosos caminhos, superando barreiras enraizadas historicamente no seio social, com mudanças prementes no atual modelo de sociedade, lobrigando-se os marginalizados, qualquer que seja o motivo, como detentores de direitos, como pessoas humanas que têm dignidade e carecem de solidariedade de seus pares. Nisto, a lição de Paulo Freire, que ora se transcreve, referendando tal opinião:

> Como marginalizados, 'seres fora de' ou 'à margem de', a solução estaria em que fossem 'integrados', 'incorporados' à sociedade sadia de onde um dia 'partiram', renunciando, como trânsfugas, a uma vida feliz...
> Sua solução estaria em deixarem de ser 'seres fora de' e assumirem a de seres dentro de.
> Na verdade, porém, os chamados marginalizados, que são os oprimidos, jamais estiveram *fora de.* Sempre estiveram *dentro de*. Dentro da estrutura que os transforma em 'seres para outro'. Sua solução, pois, não está em 'integrar-se', em incorporar-se a essa estrutura que os oprime, mas em transformá-la para que possam fazer-se 'seres para si'.[124]

A rigor, como afirma Paulo Freire, os excluídos estão inserido na sociedade, o que lhes falta, o que lhes é imperioso, é o restabelecimento de

---

[123] Nesse contexto, Danilo Romeu Streck entende que "a exclusão social e o seu correlato – a inclusão social – deixam de ser vistas como uma questão meramente individual, mas que assumem um caráter coletivo como possibilidade de ocupar espaços na luta pela construção de uma nova hegemonia. Por exemplo, a política de cotas é vista como uma política inclusiva e pode ter várias leituras dentro do mesmo campo ideológico favorável à superação da desigualdade racial. Para uns, é mais uma vez uma concessão do Estado que contribui para esvaziar os movimentos que lutam por uma transformação das estruturas da sociedade. Para outros, é um passo nessa mesma luta que continuará sendo desdobrada em várias frentes. (STRECK, Danilo Romeu. Da pedagogia do oprimido às pedagogias da exclusão: um breve balanço crítico. **Revista Educação e Sociedade**. Campinas, v. 30, n. 107, p. 539-560, mai/ago. 2009. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 16 jan.2010, p. 550.)

[124] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 37. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2003, p. 61

certos direitos que lhes garantam um mínimo social para sua existência e que promova sua dignidade.

Tendo em vista que, a dignidade deve ser assegurada e agenciada simplesmente pelo fato de "ser pessoa".

Portanto, entende-se que incluir socialmente é perceber que todos têm diferenças e com a valorização delas é que se forma uma sociedade inclusiva e solidária e que tem por valor axiológico fundamental: a pessoa humana dignamente considerada. Assim, segundo Jônatas Luiz Moreira de Paula entende que, "a inclusão social é um processo que visa eliminar a manutenção de pessoas ou de grupos sociais à margem dos benefícios do sistema político-econômico".[125]

E mais, no anseio de se alcançar uma sociedade que respeita, dignifica e é solidária com seus marginalizados, deverá o Poder Público criar instrumentos para suprir as desigualdades arraigadas no decorrer da história, colocando-os a salvo de qualquer novo processo de desigualdade que os exclua novamente, por meio de uma engenharia *sócio-estatal* que lhes envolvam numa redoma de solidarismo social.

O ponto culminante da inclusão social se configuraria na recuperação e promoção de sua dignidade e de sua identidade como pessoas únicas inseridas em uma sociedade, bem como a efetivação de seus direitos fundamentais especialmente conformadores desta finalidade.

4 Por que a inclusão social pode ser chamada de "novo direito fundamental?"

Contudo, nem sempre esses atores sociais estão comprometidos com a meta de superar a exclusão, principalmente, desse segmento etário. Cumprindo, o que John Rawls denomina de princípio de igualdade de oportunidades equitativas, enaltecido e revigorado através de uma ação redistributiva, ou melhor, de um verdadeiro *princípio de respeito à diferença*, tendo como as únicas formas de desigualdade ou discriminação aquelas que patrocinam os excluídos.[36] Vez que a igualdade de oportunidades tem o

[125] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. São Paulo: Monoele. 2002, p. 91

condão de garantir as condições mínimas para o desenvolvimento da igualdade social.

A obtenção da inclusão social dependerá de uma igualdade material para a aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, levando em conta as diferenças e fundada numa sociedade solidarista, veiculando-se através das políticas públicas, para que se promova a justiça social. Com a obrigação de construir uma sociedade solidarista, o Estado assume funções mais atuantes – deixando de lado aquelas ações de natureza meramente acessória e residual – , tomando para si a responsabilidade de concretização da solidariedade por meio de instrumentos e técnicas concernentes aos bens sociais, que fomentam a prestação de direitos indispensáveis à existência humana.

A partir do final do século XX, a solidariedade converte-se em viga mestra indispensável à edificação e efetivação de políticas públicas, torna-se de menção iladeável na formulação destas, fomentando a inclusão social e promovendo a dignidade da pessoa humana. Ora, "falar em inclusão social implica falar em democratização dos espaços sociais, em crenças na diversidade como valor, na sociedade para todos. Incluir não é apenas colocar junto e, principalmente, não é negar a diferença, mas respeitá-la como constitutiva do ser humano".[126]

A solidariedade configura-se no comprometimento com a verificação da própria condição humana e do progresso da humanidade, marcha para do desenvolvimento da sociedade ao apoiar o crescimento cultural, psicológico, ou mesmo material de todas as potencialidades humanas, reverenciando-se as diferenças para se garantir uma existência digna.

Nesse sentido, ganha relevo o princípio da solidariedade, o que implica que a Lei Maior exija "que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós".[127] Contudo, tendo em vista ser a sociedade brasileira hodierna abalizada pela exclusão social, a solidariedade denota muito

[126] BARTOLOTTI, Celina Camargo. **Inclusão social das pessoas com deficiência**: Utopia ou Possibilidade? São Paulo: Paulus, 2006, p. 16
[127] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 167

mais que um objetivo ímpar da Constituição, representa também a possibilidade de ampliação da dignidade da pessoa humana e a própria consolidação do Estado Constitucional Democrático.

A respeito desse princípio Maria Celina Bodin de Moraes, tece o seguinte entendimento:

> A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros da sociedade.[128]

Outra forma de se conceber a solidariedade é aquela que se extrai da íntima relação que se circunscreve aos direitos fundamentais – que diverge da visão cartesiana, que os compreende isoladamente –, da qual provém sua subsistência. Converte-se na configuração de uma verdadeira dependência recíproca – em ambas as esferas, objetiva e subjetiva. Ora, os direitos fundamentais só permanecem num contexto de solidariedade, pois a recusa, a proibição ou mesmo a exoneração de algum direito fundamental a que todo indivíduo faz jus, equivaleria ao não reconhecimento de todos os demais (solidariedade objetiva). Caracteriza-se como a “necessidade imprescindível de coexistência”.[129]

A solidariedade subjetiva se consolidaria diante da realização da ética universal – imaginada por Imannuel Kant – ao se possibilitar, através da realização dos direitos fundamentais a todos. Não apenas como de direitos prestacionais devidos pelo Estado, mas no intuito de comprometimento moral do todo social, consagrando a solidariedade social que reflete a consolidação das relações humanas.

A solidariedade compreende o fio condutor para se superar a exclusão, realizando a justiça em âmbito social, buscando proteger os idosos das marcas

---

[128] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 158

[129] PERES, Ana Paula Ariston Barin. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89-90.

do individualismo, preme-se pelo aculturamento de atitudes solidárias na sociedade.[130]

Representa indicação constitucional do *caminho* que o Estado deve seguir para galgá-la, qual seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária, edificada sob os alicerces da erradicação das desigualdades e da marginalização, direcionando os Poderes Públicos à realização da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Dessa forma, conforme aduz Andréas Joachim Krell que "as imposições constitucionais estão diretamente relacionadas com um modelo dirigente de Constituição, o qual emerge através da declaração de inúmeros deveres estatais gerais, bem como na outorga de direitos subjetivos públicos aos cidadãos".[42]

Nosso Texto Constitucional, por albergar traços de dirigismo constitucional depende, para a concreta efetividade de seus preceitos, de ações governamentais concretas, ou melhor, de políticas públicas estatais que o viabilize.

Na sua essência revela-se o desígnio irretorquível que traduz a busca da inclusão, qual seja, a de operar com o fim precípuo de proporcionar o bem estar à coletividade, a melhoria na qualidade de vida da população em geral, afiançando e materializando os direitos constitucionais. Contudo, apesar de se depreender desta assertiva que as políticas públicas têm caráter universal nem sempre sua implementação ocorrerá visando à totalidade da coletividade, já que tem o escopo de prover melhores condições de vida, diminuir as desigualdades, ou seja, como nem todos necessitam de benesses sociais do Estado, normalmente, são aplicadas setorialmente, a certos grupos da sociedade que se encontram em situação de desvantagem, de vulneralibidade, para só assim abranger o desenvolvimento social como um todo.

Destarte, "inserção significa que tal ordem política se mantém aberta para equiparar os discriminados e para incluir os marginalizados, sem confiná-

---

[130] KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27

los na uniformidade homogênea de um povo"[131] Ou seja, qualquer alternativa para inclusão deverá ater-se às diferenças congênitas de seus cidadãos. Assim, a implementação de políticas públicas para os idosos têm o condão de reforçar os laços de solidariedade, seja no âmbito familiar, comunitário ou social.

O estudo da exclusão ganha destaque ao promover uma ponte que o liga ao estudo dos direitos fundamentais, principalmente, à cidadania. Nesse sentido, atribui-se ao assunto dos direitos fundamentais uma elucidação que abarca as obrigações estatais, contudo, não se restringe a isso, conjecturando-se intimamente como uma remodelagem da cidadania como sustentáculo de índole ético-política sob o qual pairam todos os atores sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 alicerçou seu texto sob um rol de direitos fundamentais que ao Estado compete sua realização. Entrementes, acrescentou em seu corpo, em virtude da mera exemplificação de direitos, a possibilidade de existirem outros direitos fundamentais, aqueles decorrentes dos princípios e dos objetivos assumidos pelo Estado.

A rigor, mostra-se evidente que ao conjecturarmos um direito fundamental à inclusão social a todos aqueles que se encontram excluídos do cerne social, qualquer que seja o motivo, se favorecerá, diante desta constatação. Pois, por ocasião de se viver em grupo, compete a todos e a cada um individualmente o desafio da inclusão, se o que se deseja é um Estado verdadeiramente constitucional fundado na valorização do humano e na dignidade incita de cada um.

Pode-se registrar que, não só sob o desígnio de se alcançar à inclusão social, como também manter um nível de desenvolvimento solidário à totalidade da sociedade, pode-se adotar outras aberturas do sistema como diretrizes básicas. Inicialmente estabelecer uma *cultura política* de incondicional respeito aos marginalizados, já que todos são corresponsáveis pelo restabelecimento da coesão social, com o intuito de se promover a justiça

[131] HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 159.

social. Dependendo esta muito mais do que da mera positivação de leis para se realizar, necessita, da plena viabilidade e efetividade das políticas implementadas para que efetivamente galguemos um direito à inclusão social.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARTOLOTTI, Celina Camargo. **Inclusão social das pessoas com deficiência**: Utopia ou Possibilidade? São Paulo: Paulus, 2006, p. 16.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 523.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO FARIAS, J. F. de. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos Direitos Fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direito fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a José Joaquim Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 37. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2003.

KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andréas Joachim**. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly

(Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito I**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: Uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social**. São Paulo: Monoele. 2002.
PERES, Ana Paula Ariston Barin. **Proteção aos idosos**. Curitiba: Juruá, 2008.
PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1994.
PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988. **Revista do Instituto de Hermeneutica Jurídica**. (Neo) Constitucionalismo. Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre. n. 2, p. 79-100, 2004.
RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
STRECK, Danilo Romeu. Da pedagogia do oprimido às pedagogias da exclusão: um breve balanço crítico. **Revista Educação e Sociedade**. Campinas, v. 30, n. 107, p. 539-560, mai/ago. 2009. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 16 jan.2010.
TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAPÍTULO 5

SUPREMACIA OU ABRANGÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DA VISÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Beatriz Lima Souza[132]
Marinella Machado Araújo[133]
DOI 10.11117/9788565604185.05

RESUMO: O artigo visa apresentar uma nova visão sobre a supremacia do interesse público na busca de uma maior legitimidade das ações da administração pública, pautada na Constituição de 1988. Para isso, será analisado o que a doutrina leciona sobre o tema e os reflexos desse princípio na jurisprudência. Com a instauração do Estado Democrático de Direito não se justifica a existência de um princípio que verticaliza a relação entre a administração pública e seus administrados. Assim, o interesse público precisa estar relacionado com a abrangência e não com a supremacia.

PALAVRAS-CHAVE: Supremacia, Interesse Público, Abrangência

ABSTRACT: The article aims to present a new vision of the supremacy of the public interest in the search for greater legitimacy of the actions of government. This will be analyzed what the doctrine teaches on the subject and the consequences of this principle in jurisprudence. With the establishment of the democratic rule of law does not justify the existence of a principle that verticalizes the relationship between government and its management. Thus, the public interest must be related to the scope and not the supremacy.

KEYWORDS: Supremacy, Public Interest, All-embracing

INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia do interesse público se apresenta como questão basilar do direito público, uma vez que todas as ações da administração pública nele se justificam, seja direta ou indiretamente.

Conduto, ao se analisar a fundo o que a doutrina disserta sobre o tema, em especial a administrativista[134], verifica-se que a mesma não consegue

---

[132] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, julho de 2009. Pós graduada em Direito Público pela Faculdade Milton Campos, dezembro de 2010. Pesquisadora extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, julho 2004
[133] Doutora em Direito Administrativo pela UFMG, 2002. Coordenadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, 2003

legitimar a atuação da administração pública no paradigma do Estado Democrático de Direito, instaurado com a Constituição de 1988.

Isso porque, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a legitimidade da atuação governamental deve estar ligada ao reconhecimento, participação e inclusão de seus cidadãos nas ações executadas pela administração pública e, não, na simples justificativa da existência de uma supremacia do interesse público, independentemente desta ser *a priori* ou *a posteriori* do caso concreto.

Por essa razão, o interesse público não se opõe ao particular, uma vez que aquele se constitui a partir deste, que em uma situação concreta estará em destaque.

Dessa forma, urgente se faz a mudança de perspectiva acerca do significado da supremacia do interesse público, para que a mesma seja conceituada e aplicada não como um princípio correspondente a uma hierarquia verticalizada, mas, sim, como um fator de abrangência, uma vez que o interesse público é mais abrangente que o particular.

Precisamos reverter a lógica de estruturação e visão deste princípio a fim cumprir os preceitos constitucionais.

Assim, para que possa ser estudada, ainda que de forma breve e superficial, a mudança proposta, inicialmente, se fará necessária a análise do modelo de estado em que se pauta o princípio da supremacia do interesse público e a sua incongruência com o paradigma do estado democrático de direito.

Em seguida, será realizado um estudo acerca do que a doutrina administrativista clássica, moderna e intermediária leciona sobre citado princípio. Analisaremos também o reflexo do entendimento doutrinário na jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de exemplificar os efeitos concretos do princípio da supremacia do interesse público.

---

[134] Nesse ponto, é importante destacar que apesar das discussões sobre a supremacia do interesse público estarem mais presentes no direito administrativo, tal questão permeia o direito público como um todo, restando ai a pertinência da sua discussão

Feita a análise crítica ao posicionamento da doutrina administrativa sobre o tema, será demonstrada a necessidade de mudança de visão e interpretação acerca da supremacia do interesse público, como forma de se garantir a efetiva legitimidade dos atos praticados pela administração pública.

Por fim, iremos verificar que ao se horizontalizar o conceito de interesse público todas as ações da administração pública passarão a prescindir de planejamento e justificativas fundamentas que vão além da simples alegação da existência de supremacia do interesse público, fazendo com que, consequentemente, a sua atuação ganhe legitimidade.

2 O Paradigma Liberal e o Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público do modo como é lecionado pela doutrina (principalmente a clássica) e, consequentemente, aplicado pela administração pública e julgado pelos tribunais, se funda no paradigma do Estado Liberal.

Isso porque, o modelo de Estado Liberal, caracterizado por suas funções mínimas, no qual eram garantidos aos indivíduos apenas os direitos políticos e individuais, precisava de um “poder” para justificar a sua atuação.

Conforme destacado por Barroso (2007), nessa época a Constituição possuía uma fraca ou quase nula força normativa. O Código Civil era considerado o norte do ordenamento jurídico, uma vez que só cabia ao Estado garantir a liberdade, sem interferir na esfera privada ou prover direitos aos seus cidadãos.

Assim, verifica-se que no modelo liberal a autonomia privada era o centro do ordenamento jurídico. É nesse contexto que se justifica a existência de um princípio que garanta a supremacia do interesse público sobre o privado, exatamente para dar força e legitimidade ao Estado quando fosse necessária a sua atuação, ainda que esta fosse apenas para garantir a liberdade e a propriedade privada.

A administração pública precisava de um instrumento que lhe garantisse a possibilidade de atuar de forma efetiva e hierarquicamente acima

dos direitos privados, daí a necessidade de haver o princípio da supremacia do interesse público.

Nesse contexto o público e o privado são separados de forma radical, a fim de que as ações da administração pública sejam legitimadas com base nesse principio.

Assim, a existência do princípio da supremacia do interesse público não desvirtua as características preponderantes do Estado Liberal, pelo contrário, o mesmo somente se justifica nesse paradigma de Estado fraco, que tem nesse princípio a única possibilidade de garantir a sua atuação.

3 O Estado Democrático de Direito e o Princípio da Supremacia do Interesse Público

Com o advento da Constituição de 1988, instaurou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito. O mesmo busca garantir a todo e qualquer cidadão uma existência digna, através da construção do próprio Estado com a participação de seus integrantes.

Esse novo modelo de Estado possibilita aos seus integrantes participarem, integrarem e construírem a esfera pública. Sob esse prisma, a Constituição ganha força normativa e assume o centro do ordenamento jurídico, norteando os demais ramos do direito.

Com efeito, Luis Roberto Barroso ensina:

> Fenômeno contemporâneo, que entre nós iniciou seu curso após a Carta de 1988, foi a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. À supremacia até então meramente formal da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como a constitucionalização do direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como civil, administrativo, penal, processual etc. (2007, p.xii)

A Constituição de 1988 instaura novamente a democracia no Brasil, na medida em que convida seus integrantes a participarem de forma ativa, disponibilizando mecanismos que oferecem aos seus cidadãos meios de

influenciarem, direta ou indiretamente, nas decisões e rumos do Estado. Citem-se, a título de exemplo, as ações constitucionais que podem ser propostas por meio de iniciativa popular e os conselhos deliberativos.

Junte-se a isso o fenômeno da globalização, uma vez que o Estado contemporâneo é definido por blocos políticos e econômicos, pela relativização do conceito de soberania, não havendo mais uma identidade popular. A sociedade é pautada no pluralismo e na ausência de características marcantes.

Contudo, essa perda de identidade não diminui a importância do Estado. Nesse contexto, se torna mais do que essencial sua função como meio de garantir o direito de todos. A atualidade, marcada pelo pluralismo, pela proliferação das minorias, não comporta mais a afirmação de que existe uma maioria homogênea.

Com restabelecimento da democracia no Brasil, consubstanciada na promulgação da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais ganham extrema importância, como forma de se garantir a coexistência e participação de todos os seus cidadãos.

No Estado Democrático de Direito a Constituição, surge à necessidade de se legitimar o poder do Estado através do reconhecimento da sua atuação pelos seus cidadãos, ou seja, os destinatários do ordenamento são co-autores do mesmo.

Sob esse prisma, abri-se espaço para uma reabilitação da argumentação e fundamentação jurídica e da hermenêutica constitucional. Assim, sem legitimidade e muitas vezes sem efetividade se torna a função do Estado ao garantir e pautar as ações da Administração Pública sob o princípio da supremacia do interesse público.

Conforme destacado por Marçal Justen Filho (2008) o direito administrativo não acompanhou a evolução constitucional do direito:

> O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo.

> O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade.(2008, p.67)

Nesse esteio, conclui Luís Roberto Barroso: "em um Estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta". (2007,p.x).

4 O Princípio da Supremacia do Interesse Público para a Doutrina Clássica

A fim de se verificar a falta de evolução e descompasso do direito administrativo no novo paradigma instaurado com a Constituição de 1988, necessária se faz a análise do conceito do princípio da supremacia do interesse publico para a doutrina administrativista.

4.1 Para a doutrina tradicional

Segundo entendimento da doutrina tradicional[135] do direito administrativo, o interesse público deve ser entendido "como interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.51).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), a supremacia do interesse público sobre o privado demonstra a superioridade do interesse coletivo, onde este prevalece sobre o particular, como condição para garantir a existência de um interesse particular. "É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados". (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.58)

[135] Como autor principal da corrente tradicional deve-se destacar Celso Antonio Bandeira de Mello. Acompanham seu entendimento: José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini, Reinaldo Moreira Bruno, Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles

Assim, desse princípio, no campo da Administração, procederiam dois outros princípios a ele subordinados.

> posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; posição de supremacia do órgão nas relações. (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.59)

No que tange ao primeiro princípio subordinado, o mesmo pode ser traduzido pelos privilégios e prerrogativas que a Administração Pública possui. Desse modo, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, prazos maiores para intervenção e manifestação ao longo de processos judiciais, dentre outras situações, são exemplos desse princípio.

Já com relação à posição de supremacia, a mesma pode ser "metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares". (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.59)

~~Desse modo, com~~ relação aos particulares o poder público se coloca em posição de comando, no topo, sendo esta condição indispensável para gerir os interesses públicos.

Contudo, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) que a Administração Pública não pode se pautar na supremacia do interesse público sobre o particular, expressando citadas prerrogativas que lhe são inerentes "com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos." (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.60)

Isso se dá pelo fato do administrador público, no exercício de sua função, estar obrigado a realizar ao máximo os interesses públicos, ou seja, da coletividade. Dessa forma, somente é legítimo o uso das prerrogativas da Administração se estas forem utilizadas para satisfazer o interesse público.

Para melhor elucidar referida questão, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), classifica:

> Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto,

> ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações; ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.
> Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomaticamente os encarna e representa (2005, p.61-62).

Assim, para referido autor, as prerrogativas inerentes a supremacia do interesse público sobre o privado só podem se sustentar se forem usadas de forma legítima para proverem o interesse da coletividade.

Nessa mesma linha também leciona José dos Santos Carvalho Filho (2011), que entende que havendo conflito entre o interesse público e o privado, aquele deve prevalecer, uma vez que todas as ações da administração publica devem ter como finalidade o beneficio da coletividade.

O autor ainda manifesta a sua discordância com relação à visão apresentada pela doutrina moderna (que será mais a frente analisada) sobre a supremacia dos direitos fundamentais:

> Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas atuações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio, na preponderância das maiorias. A *desconstrução* do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita *reconstrução*, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto. (2011, p.29/30)

Citando Sayagués Laso, José dos Santos Carvalho Filho (2011) compartilha da opinião que o interesse público é que regula a “harmonia entre o estado e o individuo”(2011, p.30).

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, sob o prisma da supremacia do interesse público, é possível se legitimar e reconhecer a atuação da administração pública de forma verticalizada? Se os cidadãos são co-autores do ordenamento jurídico, como é possível que os mesmos estejam postos de forma inferior ao Estado? O que realmente significa esse beneficio coletivo?

4.2 Para a doutrina moderna

Na tentativa de responder algumas dessas perguntas e, principalmente, por observarem a força que a Constituição de 1988 deu aos direitos fundamentais, que alguns autores[136] verificaram a impossibilidade de se afirmar, pelo menos à priori, à existência supremacia do interesse público.

Marçal Justen Filho (2006) é um dos autores que se apresenta nessa corrente. Para o mesmo, o conceito de interesse público é de difícil definição, tendo em vista se tratar de um princípio jurídico, cujo conceito pela sua própria natureza é indeterminado.

Nesse sentido, o autor demonstra que interesse público não é interesse do Estado, "o Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado." (2006, p.38).

O interesse público também não pode se confundir com o interesse do aparato administrativo. Apesar de o Estado possuir certas prerrogativas, estas não podem ser conhecidas como interesse público.

Demonstra também que interesse público não pode ser confundido com o interesse do agente público. "O exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público". (JUSTEN FILHO, 2006, p.40)

Além disso, o interesse público não pode ser confundido com a vontade da maioria da população. Em uma sociedade pluralista e heterogenia, como se caracteriza atualmente, não se pode deixar de lado os interesses e direitos das minorias.

[136] Além dos autores que serão citados no corpo do texto compartilham desse entendimento: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, João Batista Gomes Moreira, Odete Medauar, Lucas Rocha Furtado

O Estado Democrático de Direito possui como característica tanto a tutela dos interesses da maioria como dos interesses da minoria. "Consiste na supremacia da vontade da maioria eventual e também na garantia dos interesses da minoria, tudo segundo parâmetros constitucionalmente fixados*"*. (JUSTEN FILHO, 2006, p.41)

É importante observar que não há somente um interesse público; pelo contrário, tendo em vista a complexidade das relações sociais, dos direitos constitucionalmente garantidos, é impossível se fazer tal afirmação.

Com o advento da Constituição de 1988, tornou-se, inclusive, difícil se separar o interesse público do privado. As novas relações existentes, que unem interesses públicos e privados demonstram que atualmente é impossível separar o direito em ramos autônomos.

Já para Humberto Ávila (2007), o princípio da supremacia do interesse público, da forma como é entendido pela doutrina clássica, não passa de uma regra de preferência, uma vez que referido princípio suprimi, independente das variações apresentadas no caso concreto, o espaço para ponderações. Em outras palavras, independentemente do quadro fático existente, havendo conflito entre princípios, a supremacia do interesse público sempre prevalecerá.

Para Humberto Ávila (2007) o princípio da supremacia do interesse público carece de fundamento de validade, tendo em vista que a Constituição da República 1988 está voltada para a proteção dos indivíduos.

Ao reprisar as questões levantadas pelo Huberto Ávila (2007), Gustavo Binenbojm (2007) dispõe:

> Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair "o principio da supremacia do interesse público" da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-principio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa afrontar a constante busca pela unidade constitucional.
>
> O conteúdo constitucional descrito presta-se também como fundamento a negar a colisão entre interesses públicos e privados pressuposta pelo "principio em debate". Verifica-se que ambos encontram-se enraizados na Lei Maior, de sorte a haver uma "conexão natural" entre eles e não essa efetiva contradição. (2007, p.141)

Gustavo Binenbojm (2007), acompanha o entendimento de Humberto Ávila (2007) sobre a impossibilidade de um princípio que preconize a supremacia do interesse público.

Para Binenbojm (2007) o que existe é o interesse público que possui conceito indeterminado e depende dos direitos fundamentais para ganhar concretude. Cumpre ao Estado, atuar como intérprete, ante ao caso concreto, realizando ponderações frente aos conflitos entre interesses públicos e privados, guiando-se pelo postulado da proporcionalidade.

> Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.
> Veja-se não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstancias concretas, qual o sentido em falar-se num principio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é principio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. (2007, p.167)

Dessa forma, ambos os autores entendem pela impossibilidade da existência a *priori* do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O que Binenbojm (2008) propõe é uma "constitucionalização do conceito de interesse público" (2008, p.33), partindo do entendimento que o termo supremacia é incompatível com as premissas do Estado Democrático de Direito.

Contudo, ainda que se entenda que a supremacia do direito público não existe a priori, reconhece-se que a mesma pode ser utilizada como simples justificativa para as ações da administração pública.

4.3 O entendimento intermediário

Há ainda na doutrina, autores que vão além da visão tradicional sem romper com a mesma como fazem os autores modernos.

Em prefácio realizado no livro "Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público", Luis Roberto Barroso (2007), também entende que o interesse público deve ser divido em primário e secundário. Afirma, ainda, que a própria Constituição reconhece referida separação, tendo em vista as disposições constitucionais a respeito da esfera de atuação do Ministério Público (que deve defender os interesses primários) e da Advocacia Pública (incumbida de defender o interesse público secundário).

Destaca bem o autor a importância do interesse público secundário, uma vez que o este muitas vezes possibilita meios para a realização do interesse público primário. Contudo, "em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário". (BARROSO, 2007, p.14)

Diferencia-se do pensamento tradicional, uma vez que reconhece, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado na premissa da centralidade e supremacia da Constituição, que a realização do interesse público primário por vezes pode se dar pela satisfação de interesses privados tutelados por direitos fundamentais. É interesse público a ação do Estado para garantir ou prover direito fundamental, mesmo que seja de uma única pessoa.

A partir desse raciocínio, pode-se concluir que "o interesse público secundário – i.e., o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular". (BARROSO, 2007, p.15)

Nesse ponto, o autor concorda com a doutrina moderna, contudo, filia-se a doutrina tradicional quando diz que "o interesse público primário,

consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático". (BARROSO, 2007, p.15)

Todas as relações, sejam jurídicas, sejam sociais, deverão ser pautadas nesse sentido. Para o autor (2007), o princípio da supremacia do interesse público é o parâmetro da ponderação. Assim versa:

> Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, a vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao interprete cabe preservar ou promover. (BARROSO, 2007, p.16)

Assim, verifica-se que para Luis Roberto Barroso (2007), tanto os direitos fundamentais individuais, quanto os coletivos, devem ser considerados como interesse público primário.

O problema surge quando ambos colidem entre si. De acordo com o autor, diante de tal situação cabe ao interprete observar "dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública." (BARROSO, 2007, p.16)

A razão pública busca pautar-se em princípios consensuais de justiça, levando em consideração a atual sociedade pluralista, utilizando argumentos legítimos e principalmente constitucionalmente reconhecidos.

A dignidade humana reconhece cada indivíduo como um fim em si mesmo, de modo que as ações da Administração Pública jamais poderão ir contra essa premissa.

5 A Jurisprudência e a Supremacia do Interesse Público

A partir da análise dos estudos realizados pela doutrina, podemos verificar que a discussão do conceito de supremacia do interesse público, não se atenta para o fato de que o reconhecimento do mesmo como um poder que pode colocar a administração pública em condição superior ao particular retira toda a legitimidade da atuação do Estado.

A supremacia do interesse público para a doutrina administrativista, independentemente de existir a priori ou não dos direitos e garantias

fundamentais, pode ser e é utilizada como justificativa para a atuação da administração pública.

Para a doutrina clássica, o interesse público sempre será superior ao privado. Para a doutrina moderna, a verificação da condição de superioridade ou não se dará pela ponderação a ser realizada mediante o caso concreto, levando em consideração os direitos e garantias fundamentais, não podendo, então, se reconhecer citada supremacia a priori. A doutrina intermediária, apesar de reconhecer a força dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, não abandona a idéia de que a supremacia do interesse público deve pressupor as relações existentes entre indivíduo e Estado.

A relação de verticalização está presente em todas as formas de se interpretar o princípio da supremacia do interesse público, seja na doutrina clássica em que o mesmo sempre estará no topo, seja na doutrina moderna em que será necessária a verificação de qual direito será o superior.

Os autores modernos, apesar reconhecerem a inexistência de uma superioridade permanente, ainda se pautam na relação de prevalência. Não há um aprofundamento sobre o conteúdo que justifique a supremacia do interesse público. Toda a discussão doutrinária se dá em qual momento a mesma será reconhecida.

Ao não se observar que o interesse público é constituído pelo interesse privado, que em algum momento ou situação concreta é posto em destaque, todos os preceitos e garantias existentes na Constituição de 1988 são colocados de lado. É muito perigoso se valorar um interesse público sem defini-lo, justificá-lo.

O simples reconhecimento da existência da supremacia do interesse público é a única justificativa utilizada pela administração pública para fundamentar a sua atuação. Essa visão hierarquizada apresenta reflexos que podem ser vistos na jurisprudência.

Tanto é assim, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº 1121306, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, publicado no Diário de Justiça no dia 28 de outubro de 2010, reconheceu que a administração pública tem o dever de

recorrer de decisões contrárias aos seus interesses em face da supremacia do interesse público.

A União opôs citados embargos de declaração contra acórdão que manteve a sua condenação ao pagamento da multa disposta no art. 557, §2º, do CPC. De acordo com o acórdão recorrido, a multa era devida em razão da questão discutida nos autos possuir entendimento contrário pacificado na jurisprudência, havendo inclusive Súmula Vinculante sobre o caso.

Ao julgar os embargos de declaração, o relator, Ministro Benedito Gonçalves, verificou que a interposição do recurso se deu antes da publicação da Súmula Vinculante n. 21, antes do óbice legal de recorrer. Dessa forma, o mesmo reconheceu o dever da União em recorrer de ofício, apresentado como justificativa a supremacia do interesse público. Nesse sentido dispôs o relator:

> Diante disso, ainda que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos supra tenha sido exarada pelo Plenário da Suprema Corte, a embargante tinha o dever de recorrer de oficio em face da supremacia do interesse público, e até mesmo para exaurir a instancia ordinária e viabilizar a interposição de recursos especial e extraordinário.

Os embargos de declaração foram acolhidos, com efeitos infringentes, para revogar a multa imposta a União.

A partir jurisprudência citada, podemos concluir que em razão da supremacia do interesse público, a União tem o dever de continuar recorrendo de uma questão que, no mínimo, na época já possuía entendimento pacificado, haja vista a posterior edição de Súmula Vinculante contrária a sua pretensão.

Mas que supremacia do interesse público é essa? Que mesmo havendo entendimento contrário obriga a administração pública a recorrer? Quais são os ganhos disso?

Essas questões são conseqüências da visão da doutrina administrativista que reflete em todos os ramos do direito público. Ao se entender a supremacia interesse público como um princípio que justifica certas atuações e prerrogativas da administração pública, o mesmo passa a ser utilizado como justificativa, sem a devida fundamentação, para as suas ações.

Qual interesse público está sendo resguardado no presente caso? De que forma foi construída a fundamentação do Tribunal para se concluir que de acordo com a supremacia do interesse público a União deveria recorrer?

Perguntas do tipo que questionam a forma como a supremacia do interesse público é interpretada, se tornam freqüentes ao se analisar o funcionamento da administração pública, assim como as decisões jurisprudenciais que envolvem o tema.

6 A Supremacia do Interesse Público como Abrangência

Os questionamentos e críticas sobre a forma como a supremacia do interesse público é lecionada pela doutrina administrativista, aplicada pela administração pública e julgada pelos tribunais, demonstram que citado princípio não coaduna com o paradigma Estado Democrático de Direito.

A supremacia do interesse público acaba servindo de justificativa, sem a devida fundamentação para as ações da administração pública, sendo estas acolhidas pelos tribunais.

Considerando que nas bases do Estado Democrático de Direito está à participação da população, a sua integração e reconhecimento como parte integrante do Estado, atuações discricionárias, justificadas através de conceitos indeterminados, como o da supremacia do interesse público, retiram toda a legitimidade da atuação da administração pública.

Isso porque, os administrados não se identificam e não se reconhecem como destinatários das ações realizadas pela administração pública. Em prol de uma supremacia do interesse público, muitas decisões são tomadas sem a devida fundamentação e de forma superficial.

Conforme anteriormente destacado, o princípio da supremacia do interesse público só se justifica em um Estado “fraco”, pautado nos moldes do paradigma Liberal. Em um Estado Democrático de Direito, que tem como premissas pré-estabelecidas a legitimidade, a participação e a garantia dos direitos fundamentais, não se justifica a aceitação de um princípio que verticaliza as relações entre os administradores públicos e os administrados.

A Constituição de 1988 caminha em sentido exatamente contrário, buscando a efetividade da integração e participação dos seus cidadãos, na construção de um Estado legítimo.

Assim, no paradigma atual, deve haver um reconhecimento e identificação dos cidadãos com as ações da administração pública e tal reconhecimento só se dará a partir de uma horizontalização das relações entre administradores e administrados.

Para que essa horizontalização aconteça é preciso que o princípio da supremacia do interesse público não seja visto como um princípio, mas, sim, como uma questão de abrangência.

As ações da administração pública deverão buscar uma maior abrangência. Não se trata de um direito ser superior à outro, e sim de um direito ser mais abrangente do que o outro.

O direito do administrado regula as ações da administração pública. Mesmo que em algum momento essas ações possam aparentemente ser contrárias à pretensão direta de um ou de um grupo de cidadãos, a escolha de tais medidas não se dará em razão da supremacia do interesse público, mas, sim, da análise do caso concreto, em que será levado em consideração o fato do interesse público, que é constituído pelo interesse de outros administrados, ser mais abrangente do que o daquele administrado.

Para que isso é preciso que a atuação da administração pública preceda sempre de planejamento: (i) integrado, o planejamento deve envolver a integração entre todos os entes da federação e do Tribunal de Contas; (ii) participativo, no sentido que as demandas / necessidades dos particulares devam ser consideradas na escolha das políticas públicas a serem adotadas e (iii) sustentável, sendo que a idéia de sustentabilidade aqui apresentada, seguindo o entendimento de Ignacy Sachs (2009) envolve a dimensão social, econômica, ecológica, espacial (sendo que no âmbito da administração pública, esta dimensão se refere a necessidade de organização do solo) e cultural[137].

---

[137] As idéias foram aqui apresentadas de forma superficial, apenas para demonstrar as premissas em que se deve pautar a abrangência do interesse público

Além disso, na busca de uma maior eficácia, a administração pública deve trabalhar não apenas observando o texto da norma, mas o âmbito da sua incidência. Nesse sentido, merece destaque os ensinamentos de Muller:

> Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração publica, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização. (MULLER, 2005,p.39)

Dessa forma, as decisões e as políticas públicas adotadas pela administração serão construídas a partir da realidade fática que circunda os administrados e o próprio Estado.

Ao se analisar os conflitos de interesses sob essa perspectiva é possível concluir que o interesse público abarca o particular, contudo, aquele é mais abrangente que este. Dessa forma, o cidadão se reconhece nas ações da administração pública e estas, consequentemente, ganham legitimidade.

Conclusão

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, urgente se faz uma mudança da forma de atuação da administração pública, na busca pela legtimidade. Para isso, é preciso que haja uma transformação na concepção do termo supremacia de interesse público. Os conceitos sobre o assunto, independentemente da corrente doutrinaria, não alcançam o seu real significado.

A partir das idéias acima lançadas, fica evidente o descompasso entre os ideais postos na Constituição de 1988 e a sua incorporação dela doutrina administrativista. Os avanços ocorridos no campo do direito constitucional não têm sido efetivamente acompanhados pelo direito público.

É preciso que haja uma horizontalização das relações entre os administradores e os administrados, para que possam ser concretizadas as diretrizes postas em nossa Constituição e, principalmente, para que os cidadãos possam se reconhecer nas ações realizadas.

Para isso, é fundamental que a administração pública justifique de forma fundamentada a sua atuação, demonstrado o porquê das escolhas realizadas, levando em consideração a abrangência do interesse público.

Não se nega a importância do interesse público, apenas se sugere que o mesmo seja visto como um interesse mais abrangente que o particular e constituído pelo particular. Ao se colocar todos os interesses no mesmo plano, o cidadão se vê inserido nas políticas a serem desenvolvidas pelo Estado.

Tal conduta coaduna com a estrutura adotada em nossa Constituição, que visa à participação e legitimação do poder público pelos seus cidadãos.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicad**o. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

ÁVILA, Humberto.**Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular".** In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 117-169.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra "Interesses Públicos versus**

Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público". 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.31-63.

BINENBONM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo.** In SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 117-169.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 341 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça EDcl no AgRg no REsp 1121306/SP – São Paulo EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO EVIDENCIADA. DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO PARA O RECEBIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO.
RECURSO MOTIVADOR DA MULTA INTERPOSTO ANTES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 21. MANEJO DE RECURSO POR DEVER DE OFÍCIO E NO AFÃ DE EXAURIR A INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. EXCLUSÃO DA PENALIDADE A QUE ALUDE O § 2º DO ART. 557 DO CPC.

Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante o que dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.
No caso sub examinem, os presentes embargos declaratórios merecem acolhimento. Deveras, o acórdão embargado, de fato, não analisou a alegação de que, à época da interposição de agravo regimental no Tribunal a quo, a Súmula Vinculante n. 21 ainda não havia sido editada, o que, segundo as alegações da embargante, tornaria legítimo o ato de recorrer.
A Súmula Vinculante n. 21 foi aprovada na assentada do dia 29 de outubro de 2009, enquanto que a interposição do recurso ensejador da multa do § 2º do art. 557 do CPC data de 5 de dezembro de 2007, ou seja, esta deu-se em momento anterior
ao óbice legal de recorrer (fl. 260). E o fundamento pelo qual a Corte de origem aplicou a multa foi a declaração de inconstitucionalidade, pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, dos § § 1º e 2º do art. 126 da Lei n. 8.213/91, com redação atribuída pelo art. 10 da Lei n. 9.639/98, e do § 2º do art. 33 da Decreto n. 70.235/72, com redação conferida pelo art. 2º da Lei n. 10.522/02. Diante disso, ainda que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos supra tenha sido exarada pelo Plenário da Suprema Corte, a embargante tinha o dever de recorrer de ofício em face da supremacia do interesse público, e até mesmo para exaurir a instância ordinária e viabilizar a interposição de recursos especial e extraordinário. Logo, ressoa inequívoco que o Tribunal a quo andou mal ao multar a ora embargante, de modo que a exclusão da penalidade processual é mister. 4.Embargos de declaração acolhidos, com atribuição de excepcional efeito infringente ao julgado, a fim de revogar a multa imposta pelo Tribunal a quo.
(EDcl no AgRg no REsp 1121306/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 28/10/2010) Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900197130&dt_publicacao =23/08/2010 Acesso em: 22 de abril de 2013.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24.ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011
FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada, Belo Horizonte: Forum, 2012.
GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.
JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36-48.
JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 38ª Ed. SP: 2012; Ed. Malheiros:

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48-62.

MOREIRA, João Batista Gomes. **DIREITO ADMINISTRATIVO – Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática.** Belo Horizonte: Editora Fórum.2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15.ed. rev. refundida e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009

SARMENTO, Daniel. **Supremacia do Interesse Público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.97-143

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal** . Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CAPÍTULO 6

MECANISMOS DE PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS

Marcus Firmino Santiago[138]
DOI 10.11117/9788565604185.06

Resumo: A Constituição Federal de 1988 trouxe largas inovações no campo do controle de constitucionalidade, ampliando o papel desempenhado pelo Judiciário, com especial ênfase para o Supremo Tribunal Federal. Muito se tem escrito e discutido a respeito de sua atuação nestes 25 anos, sendo certo que o crescente protagonismo do STF desperta sentimentos que vão da curiosidade à perplexidade. Outro aspecto deste tema, contudo, pouco desperta a curiosidade dos estudiosos do Direito, embora seja de fundamental importância no trabalho de garantir respeito à Constituição: o controle preventivo de constitucionalidade. Realizado fora dos espaços judiciais, tem por grande mérito permitir aos agentes políticos, democraticamente legitimados, atuar de modo a impedir que lesões sejam perpetradas ao texto constitucional. O controle político e preventivo coloca-se ao lado da jurisdição constitucional como arma essencial na defesa da Lei Maior e precisa ser conhecido e compreendido, dada sua intrínseca relevância.

Palavras chave: Supremacia constitucional; Controle Preventivo; Processo legislativo.

Introdução

Inúmeros são os estudos desenvolvidos no Brasil acerca do controle de constitucionalidade realizado nos Tribunais, com especial ênfase para o Supremo Tribunal Federal. A jurisdição constitucional alcançou, nas duas últimas décadas, um patamar de prestígio extraordinário, sendo cultuada como a principal tábua de salvação da Constituição brasileira.

---

[138] Doutor em Direito do Estado UGF/RJ; Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP/DF; Advogado

Muitos destes estudos, contudo, ignoram a existência de outro mecanismo capaz de assegurar a integridade constitucional, contribuindo para sua valorização e respeito: o controle preventivo, exercido pelos Poderes políticos.

A supremacia constitucional é um valor intrínseco ao constitucionalismo, base jurídica dos Estados contemporâneos. Entretanto, sua mera afirmação conceitual por vezes não é suficiente para assegurar efetivo respeito à Constituição. Daí a importância que adquirem os mecanismos de defesa constitucional, pensados de modo a permitir a extirpação de atos jurídicos capazes de violar comandos inscritos na Lei Maior.

O presente artigo parte da análise acerca dos fundamentos que embasam a supremacia constitucional, passa por uma breve reconstrução dos sistemas protetivos jurisdicionais para, então, se debruçar sobre o modelo híbrido brasileiro, que agrega à atividade judicial a possibilidade de um controle político de constitucionalidade, feito de forma preventiva.

Busca-se, assim, lançar luzes sobre este sistema, cuja existência nem sempre é lembrada, destacando alguns aspectos procedimentais e outros conceituais, além de suas possíveis vantagens em relação à atuação judicial, sem esquecer, naturalmente, da necessária crítica em relação às insuficiências que o controle político preventivo de constitucionalidade apresenta.

2 Supremacia Constitucional

As Constituições, tal qual conhecidas e compreendidas atualmente, são fruto de um processo histórico que se desenvolve a partir da chamada Era das Revoluções, que compreende os movimentos de revolta ocorridos na Inglaterra, Estados Unidos e França entre os Séculos XVII e XVIII. A este movimento renovador dá-se o nome de *constitucionalismo*, cujas raízes teóricas residem nas doutrinas liberais de autores como Locke, Rousseau e Montesquieu, buscando fornecer bases para a reestruturação do Estado.

Na essência do constitucionalismo está a pretensão de subordinar o poder político estatal a limites impostos por um sistema jurídico que tem nas Constituições seu documento cimeiro. Para tanto, conjuga uma série de

noções, tais como o reconhecimento de que o poder soberano reside na sociedade (concepção rousseauniana de soberania popular[139]); a necessidade de o Estado respeitar as liberdades naturais das pessoas, compreendidas como limites intrínsecos ao poder estatal (modelo liberal lockeano[140]); e a premência em se conferir força e estabilidade aos comandos básicos orientadores do sistema jurídico, o que só se alcançaria por meio da elaboração de normas escritas, positivando o Direito Natural (Montesquieu[141]).

Na Revolução Americana estes postulados são colocados em prática pela primeira vez e o pensamento de lideranças políticas como Alexander Hamilton e Thomas Jefferson, erigido sobre os pilares forjados pelos autores referidos, ganha corpo e se materializa em Constituições. Já neste movimento inicial é possível perceber alguns elementos caracterizadores do constitucionalismo: as Constituições como fruto da vontade popular soberana e origem do poder estatal; a subordinação das decisões políticas às normas jurídicas (o estado de direito); a criação de um sistema de submissão geral, vinculando governantes e governados aos seus comandos (com o que se põe fim ao sistema de privilégios, afirmando-se a igualdade geral perante a lei).[142]

Na medida em que as Constituições são compreendidas como produto da vontade social soberana fica fácil afirmar a existência de uma hierarquia normativa, reconhecendo-se que todo o conjunto de leis criado pelo Estado só existe graças ao poder que este recebeu da própria Constituição.

No correr das décadas que se seguiram ao surgimento das primeiras Constituições, contudo, a noção de supremacia constitucional sofreu algumas revisões e temperamentos, ora se aprofundando, ora se abrandando. Houve momentos em que a realidade evidenciava graves riscos à sobrevivência do modelo constitucional, tamanho o desprezo por sua autoridade.[143] No início do

---

[139] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social.* Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. Em especial o Livro II.
[140] LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo Civil.* Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martisn Fontes, 2001. Em especial o Segundo Tratado sobre o Governo Civil, capítulos IV, VII e IX.
[141] MONTESQUIEU, Charles Luis de Sécondat, Baron de. *Do Espírito das Leis.* Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. Em especial, Livro I, Capítulo III.
[142] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 118-134.
[143] Texto emblemático da primeira metade do Século XIX é o de Ferdinand Lassalle, *A Essência da Constituição* (na tradução brasileira), no qual o autor questiona, diante de um cenário de retomada de práticas autoritárias típicas do período absolutista, quais seriam, então,

Século XX, Hans Kelsen igualmente se debruça sobre o tema, sustentando sua noção de norma fundamental, uma norma pressuposta que ofereceria o fundamento de validade de todas as demais, inclusive da Constituição.[144] Kelsen, como outros pensadores de sua época, buscava redescobrir as bases conceituais para sustentação da hierarquia normativa, reafirmando, assim, a ascendência da Constituição sobre o restante do edifício jurídico.

A segunda metade do Século XX viu emergir um novo movimento pela ressignificação constitucional, pautado no reconhecimento de um status diferenciado aos direitos fundamentais, que deixam gradualmente de ser compreendidos como elementos acessórios das Constituições para assumir um papel central.

Se, em sua origem, a principal utilidade das Constituições era delimitar os campos de atuação do poder político estatal, garantindo as liberdades individuais contra toda forma de arbítrio, a teoria do *neoconstitucionalismo* as enxerga de modo diferente. Limitar o legislador, estabelecendo os modos para produção do Direito, é apenas um dos papéis conferidos aos textos constitucionais, ao qual se somam as tarefas de regular a vida em sociedade, assegurando a integridade dos direitos fundamentais, a possibilidade de participação dos indivíduos nos espaços públicos institucionais e as condições para convivência harmônica entre os diversos grupos sociais que se reúnem sob um mesmo governo.[145]

O espectro dos direitos reconhecidos como fundamentais, por seu turno, não mais se limita às liberdades dos cidadãos face ao Estado, sendo imperioso admitir-lhe conteúdo mais amplo. Em verdade, os direitos fundamentais constituem-se como uma larga esfera de proteção para todos, seja enquanto indivíduos isoladamente considerados, seja como membros de uma coletividade plural. Mais importante: contemplam não apenas liberdades individuais e igualdade geral, mas também uma diversificada e crescente pauta

---

os *fatores reais de poder*, aqueles que fundamentariam a autoridade estatal. LASSALLE, Ferdinand. *Que és una Constitución?* Trad. Franz Mehring. Madrid: Cenit, 1931.

[144] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

[145] SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003. p. 113-114.

de tarefas - oponíveis tanto aos Poderes Públicos quanto à própria sociedade civil.[146]

No instante em que se reconhece nas Constituições o espaço para materializar a tábua axiológica fundamental, o próprio alicerce sobre o qual se assenta a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico é alterado. Se, consoante a concepção formalista prevalente nas doutrinas positivistas, especialmente de matiz kelseniana, a Constituição se situa no topo da ordem legislativa por força de convenção formal, para a teoria do neoconstitucionalismo sua posição cimeira é devida à *força normativa* de seus comandos.

Assim é que a ideia de hierarquia formal que ao ordenamento positivo orientava cede espaço a uma interligação axiológica, funcionando a pauta de direitos fundamentais como pilar central do sistema, de cuja necessidade de preservação se extrai o fundamento último de validade para todas as demais normas.[147]

A manutenção da estrutura normativa de um país, com o consequente reconhecimento da supremacia constitucional frente ao ordenamento jurídico positivo, depende, portanto, não apenas de elementos formais (como a afirmação da rigidez constitucional ou a crença nas teorias sobre o poder constituinte), mas essencialmente da necessidade de garantir integridade e efetividade a seu conteúdo basilar: os direitos fundamentais.

---

[146] Este dado, da divisão de tarefas entre Poderes Públicos e sociedade civil, confere as feições do que Dieter Grimm denomina *Estado Pactista* (na tradução espanhola). GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2006. p. 196.

[147] Este movimento é analisado por Luigi Ferrajoli, que identifica alguns desdobramentos cruciais à sua expressão. Primeiramente, a *validade do direito infraconstitucional deixa de depender apenas de sua estrutura formal de produção*, entrando neste lugar a coerência de seu conteúdo com o plano normativo constitucional. Em segundo lugar, afirma-se a *subordinação das leis a princípios constitucionais* (que, na acepção do autor, correspondem aos direitos fundamentais do homem positivados nas Constituições), a introduzir uma dimensão substancial não apenas no que tange às suas condições de validade, mas também na natureza do sistema democrático, posto que aqueles representam um limite para a amplitude da atividade legislativa. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003. p. 18-19.

3 Controle de Constitucionalidade

Esta busca por construir e justificar racionalmente um sistema hierarquizado de normas jurídicas, como se nota, é antiga e acaba por se respaldar em diferentes referenciais. Mauro Cappelletti traduz tal realidade:

> Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma 'hierarquia' das leis, e de garanti-la. É a própria ânsia – ou um seu aspecto – de sair do contingente, de 'fazer parar o tempo', de vencer, em suma, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores Fundamentais. E [se] uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.[148]

E, na busca por apresentar elementos legitimadores aos sistemas de controle de constitucionalidade, tema central deste artigo, não se pode descurar de mais um, que às análises conceituais acima apresentadas se soma: a *rigidez* dos textos constitucionais. Por esta entende-se a presença de mecanismos capazes de restringir a possibilidade de alteração textual, protegendo, através da observância de procedimentos legislativos diferenciados, as Constituições contra alterações abusivas promovidas pelo poder constituído.[149]

Porém, não seria bastante proclamar sua intangibilidade. É indispensável que existam mecanismos capacitados a viabilizar a defesa das Constituições. Neste passo, a contribuição norte-americana afigura-se relevantíssima, tendo os juristas daquele país marchado firmemente na busca pela construção de um eficiente arcabouço protetivo.

Foi consequência do sentimento que já dominava o pensamento jurídico daquele país que, logo após a independência, se discutisse a implementação de mecanismos para controle da constitucionalidade das leis. E logo emergiu evidente a noção de supremacia da Constituição sobre todas as leis e Constituições locais, bem como a sujeição de todas as causas à

---

[148] CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.* Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 11.

[149] CAPPELLETTI. *O Controle Judicial... Op. cit.*, p. 12. Ainda, MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade.* reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 38 e p. 41.

apreciação judicial,[150] o que possibilitou asseverar a capacidade de revisar as normas à luz da Constituição como um *poder implícito*, decorrente dos preceitos genéricos lá inscritos.[151]

Este, por sinal, parece ser o principal aspecto de toda a teoria da defesa constitucional: a outorga de tal atribuição ao Judiciário, contemplando-o com a prerrogativa de, no exercício de sua função típica – jurisdicional –, colocar em funcionamento o instrumental teórico construído.

Como fundamento para semelhante prerrogativa, consolidou-se a certeza de que a Constituição reflete a vontade do povo, a qual não se subordina a qualquer dos Poderes instituídos, mas, ao contrário, a eles é superiora e impõe obediência. Desta feita, ao assegurar a integridade da Constituição, evitando a violação de suas normas por atos do Parlamento, nada mais faz o Judiciário que cuidar para que a vontade do corpo legislativo não se oponha à vontade popular. Não há, consequentemente, subordinação entre Poderes, mas, sim, deles ante a Constituição.[152]

A jurisdição constitucional, com esteio em tais fundamentos, foi gradualmente se espalhando pelo mundo, contribuindo sobremaneira para a consolidação da supremacia constitucional na medida em que viabilizou a expressão de sua força normativa, especialmente após a derrocada do projeto estatal liberal, quando os albores de um novo constitucionalismo se fizeram sentir.

No Brasil, esta trajetória não foi diferente. Em princípio ignorado pela Constituição de 1824, que consagrava um modelo francês (segundo o paradigma forjado naquele país ainda no curso da Revolução Francesa e somente abandonado em 1958) de controle político de constitucionalidade realizado pelo Parlamento, com o advento da República o controle jurisdicional de constitucionalidade foi incorporado de maneira definitiva. Desde então, foi gradualmente se consolidando e contribuindo, em vários momentos (e em

---

[150] POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 29-30.
[151] GARCÍA-PELAJO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado.* 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 423.
[152] HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista.* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459-460.

especial após a promulgação da Constituição de 1988), para ampliar a autoridade e o peso institucional do Poder Judiciário.[153]

4 Controle Preventivo de Constitucionalidade

Apesar de todas as atenções lançadas sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, tanto sob um ponto de vista conceitual quanto com relação à sua prática, este não é o único sistema vigente no Brasil. Em verdade, o país jamais abandonou o chamado controle político de constitucionalidade, assim alcunhado porque exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, os *poderes políticos*, segundo a doutrina francesa.[154]

De fato, ao lado dos mecanismos de proteção constitucional exercitados pelo Poder Judiciário de forma repressiva, ou seja, com o objetivo de extirpar do ordenamento jurídico normas que violem a Constituição, existe um conjunto pouco lembrado de procedimentos capazes de aferir preventivamente a possibilidade de um ato normativo vir a ferir a Constituição.

Exercitado tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Executivo no curso de processo de produção normativa, o controle político de constitucionalidade é preventivo, posto que incidente sobre as etapas anteriores ao nascimento dos atos legislativos. Aliás, seu objetivo é justamente o de impedir que normas inconstitucionais sejam geradas.

Como explica Luís Roberto Barroso:[155]

> Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades.

---

[153] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 189-217.

[154] Entre outros, veja-se FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais.* Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 17-26; ROUSSILLON, Henry. *Le Conseil Constitutionnel*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001. p. 7-9.

[155] BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45-46. Para este autor, o controle sobre a regularidade do processo legislativo, feito mediante análise de Mandados de Segurança pelos Tribunais competentes, seria uma espécie de controle de constitucionalidade preventivo feito pelo Judiciário.

E completa lembrando que alguns países, como França e Portugal, admitem o controle preventivo feito por órgão com atuação jurisdicional, ao passo que no Brasil semelhante medida é da alçada dos Poderes Legislativo e Executivo.

4.1 Características do controle preventivo de constitucionalidade no modelo brasileiro

Um primeiro elemento que merece destaque neste trabalho de explicitação dos traços característicos do controle preventivo de constitucionalidade é a definição do marco divisório entre a competência dos poderes políticos e do Judiciário.

No sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade é exclusivamente repressivo, assim, somente incide sobre atos normativos vigentes. Por vigência entende-se a presença de um ato jurídico existente, válido e plenamente capaz de produzir efeitos (mesmo que ainda não os esteja produzindo, por força, por exemplo, do período de *vacatio legis*).

O termo inicial de vigência de qualquer ato normativo é sua publicação, que pode ser identificada como o momento de seu nascimento. Deste instante em diante, no caso de atos normativos primários (aqueles elaborados pelo Poder Legislativo e capazes de constituir situações jurídicas novas), deixa-se de falar em *projeto* (de lei, por exemplo, para adotar a terminologia *lei*), considerando-se encerrado o processo legislativo.

O papel do Judiciário, portanto, é o de impedir que o ato normativo inconstitucional produza efeitos ou, caso estes já estejam sendo experimentados, que cessem, reconhecendo sua nulidade. Busca-se, assim, assegurar respeito à supremacia constitucional, mantendo íntegros seus comandos e reconhecendo-se os limites que existem ao exercício do poder político estatal.

De outro turno, o controle político de constitucionalidade é preventivo, incidindo enquanto ainda em curso o processo legislativo.[156] Sua função é

[156] Por processo legislativo entenda-se o conjunto complexo de atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo com o objetivo de produzir atos normativos primários. Sobre o tema,

impedir que atos normativos capazes de violar a Constituição sejam produzidos e venham a gerar efeitos. Assim, pode ser realizado até a publicação do ato, em alguns momentos específicos.

4.2 Exercício do controle preventivo

O modelo delineado pela Constituição Federal brasileira estabelece que o processo legislativo, no plano da União, é bicameral, ou seja, envolve a atuação compulsória de ambas as casas do Congresso Nacional (art. 65, C.F.).[157] Deste modo, vários atos praticados na casa de origem, aquela que primeiro analisa o projeto legislativo, são repetidos na casa revisora, propiciando nova oportunidade para que alterações e correções sejam feitas.[158]

A primeira oportunidade para que a constitucionalidade de um projeto legislativo seja aferida é logo no instante de sua propositura. Conforme disposto no artigo 17 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e no artigo 48, XI, do Regimento Interno do Senado, o Presidente da casa legislativa tem o poder de, verificando que o projeto proposto fere a Constituição, determinar seu arquivamento. A causa da inconstitucionalidade pode ser tanto um vício formal (de iniciativa, por exemplo), quanto material (referente ao conteúdo do projeto).

Esta decisão, contudo, não é definitiva, pois, havendo requerimento de um grupo de parlamentares, deve ser dado andamento, de forma compulsória, ao projeto legislativo, respeitando-se o direito das minorias ao debate, participando ativamente do processo legislativo.

Uma segunda oportunidade se apresenta quando o projeto de ato normativo é submetido à análise da Comissão de Constituição e Justiça, comissão de natureza permanente presente em ambas as casas congressuais

---

veja-se a contribuição de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[157] Destaque-se que, como regra, todos os projetos legislativos iniciam sua tramitação pela Câmara dos Deputados, ressalvados aqueles de iniciativa de membros ou comissões do Senado Federal (art. 64, C.F.).

[158] Para fins deste artigo, será analisado apenas o procedimento de controle preventivo de constitucionalidade realizado no plano nacional, pelas casas do Congresso Nacional. Os elementos conceituais e mesmo boa parte da organização procedimental e de competências, no caso da atuação dos Estados membros e dos Municípios, além do Distrito Federal, seguem os mesmos parâmetros, ressalvadas eventuais peculiaridades locais exclusivamente no que tange a aspectos referentes a procedimentos.

(regras de organização da CCJ: artigos 32, IV e 53, III, Regimento Interno da Câmara dos Deputados; artigo 101, I, Regimento Interno do Senado). A tramitação perante este órgão é etapa compulsória do processo legislativo, devendo a ela ser submetidos projetos de quaisquer naturezas.

Neste instante, cumpre aos parlamentares membros da Comissão se debruçar detidamente sobre questões formais e materiais concernentes à proposta sob análise. À CCJ cabe então, verificando a possibilidade de algum vício no projeto, propor alterações, suprimindo ou modificando partes do texto, ou sugerir seu arquivamento, caso não seja possível ou conveniente saná-lo.

Esta Comissão, como todas, é um órgão colegiado que toma decisões de modo coletivo, o que pode gerar dissensos. Sua decisão final, contudo, é definitiva quando opta pelo arquivamento de um projeto (cf. art. 54, I, Regimento Interno da Câmara dos Deputados; art. 101, § 1º, Regimento Interno do Senado). Já as alterações propostas ao texto legislativo tramitam na forma de emendas, que poderão, no instante da votação em plenário, ser acolhidas ou rejeitadas (cf. art. 101, § 2º, Regimento Interno do Senado).

Note-se que, dada a natureza bicameral do processo legislativo no plano nacional, finda a votação na casa de origem com a aprovação do projeto, este é encaminhado para a casa revisora, na qual nova análise quanto à constitucionalidade será efetuada no âmbito da CCJ, respeitando-se seus poderes e autoridade (mas não se repete a análise preliminar pelo Presidente, posto que esta só se aplica quando ainda na fase de proposta de projeto legislativo, ou seja, antes do início de sua tramitação).

Tem-se, assim, que durante as etapas do processo legislativo de responsabilidade do Parlamento, há três momentos nos quais é possível analisar se há algum vício no projeto: no recebimento da proposta de projeto legislativo; na análise pela CCJ da casa de origem; na análise da CCJ da casa revisora.

Há que se destacar um aspecto importante: eventuais vícios formais, referentes ao cumprimento das etapas regulares do processo legislativo, que implicariam na inconstitucionalidade do ato normativo produzido (por exemplo, não ser respeitada eventual obrigatoriedade de tramitação por uma comissão),

podem ser sanados antes da votação final, independentemente da intervenção da CCJ ou outro órgão específico, bastando a provocação por parte dos próprios parlamentares.

Ultimada a etapa de atuação do Poder Legislativo, na maioria dos casos cumpre ao Executivo ultimar o processo de produção normativa.[159] A este cabem os atos referentes a sanção, veto, promulgação e publicação do ato normativo (art. 66, C.F.).

A sanção presidencial pode ser compreendida com a concordância que o chefe do Executivo apõe ao trabalho realizado pelo Legislativo. Aquele, contudo, somente pode recusar sua sanção em casos específicos, quais sejam, ao verificar que o projeto legislativo atenta contra o interesse coletivo (*veto político*) ou padece de vício de constitucionalidade (*veto jurídico*, ambas as hipóteses previstas no art. 66, § 1º, C.F.). Em qualquer dos casos, sua decisão deve ser motivada (as *razões do veto*) e será objeto de controle pelo Legislativo (art. 66, §§ 4º a 6º, C.F.), que poderá derrubar o veto em decisão secreta e - como é da natureza das decisões políticas parlamentares - imotivada.

Tem-se, aqui, a quarta oportunidade para que a constitucionalidade de um projeto seja aferida, evitando-se o nascimento de um ato normativo nulo, seja pela aposição do veto à totalidade do projeto (*veto total*), seja pela extirpação de alguns dispositivos considerados viciados (*veto parcial*). Após este momento, restam a promulgação, ato formal que atesta a existência e a validade do projeto legislativo, e a publicação, momento no qual encerra-se definitivamente esta etapa, conferindo-se vigência ao ato normativo.[160] Daí em diante, qualquer vício de constitucionalidade que se entenda presente em um ato normativo somente poderá ser questionado perante o Poder Judiciário.

---

[159] A atuação do Poder Executivo no processo legislativo acontece quando em tramitação projetos de lei ordinária e complementar, além de medidas provisórias convertidas em lei, quando seu texto original sofre alterações (art. 62, C.F.). Não há participação do Executivo no processo de elaboração de emendas constitucionais e resoluções e decretos legislativos, além das medidas provisórias que sejam aprovadas sem qualquer alteração, hipóteses nas quais o poder de veto não é pode ser exercido (arts. 48, *caput*, e 60, § 3º, C.F.). Ou seja, na grande maioria dos casos, o processo legislativo ultrapassa a alçada do Parlamento, passando ao Executivo a responsabilidade pela prática dos atos referentes às etapas finais.

[160] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Legislativo. *in* MENDES, Gilmar Ferreira et ali. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1009.

Destaque-se que o não exercício dos mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade (ou seu exercício e posterior derrubada, como no caso do veto presidencial, por exemplo) não restringe a possibilidade de análise jurisdicional acerca da eventual nulidade do ato normativo.[161] Afinal, como visto acima, assegurar a integridade e o respeito à supremacia constitucional é um dever estatal, não se podendo restringir tal tarefa ao argumento da omissão de um controle prévio. Ademais, aqui também incide o postulado da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXV, C.F.), permitindo-se uma irrestrita apreciação, por parte do Judiciário, dos atos praticados pelos demais Poderes, inclusive os de natureza legislativa.

Conclusão

Embora pouco lembrado pelos estudiosos do constitucionalismo, os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade presentes no sistema jurídico brasileiro são de fundamental relevância, merecendo concorrer com a jurisdição constitucional no que tange à atenção despendida pelos juristas. Alguns argumentos justificam esta assertiva:

Diversos problemas concretos, decorrentes de profundas dúvidas acerca da validade de leis, podem ser evitados com o adequado funcionamento dos mecanismos de controle prévio, evitando que normas de natureza dúbia venham a ser produzidas;

Os Poderes Legislativo e Executivo, ao contrário do Judiciário, contam, desde sua origem, com uma carga de legitimação popular que respalda seus atos;

Aqueles Poderes, por sua estrutura organizacional, estão melhor aparelhados para identificar demandas sociais, o que lhes permite tomar decisões mais adequadas à forma como a Constituição é compreendida por seus destinatários;

O controle feito dentro do Legislativo é aberto a um escrutínio social (embora ainda muito pouco exercido), o que demanda, ao menos em tese, um

---

[161] BRANCO. *Op. cit.,* p. 1008-1009.

grande esforço argumentativo por parte dos Parlamentares na justificação de suas decisões;

O controle preventivo comporta revisões, atendendo a interesses de grupos majoritários e minoritários, ao contrário do que ocorre diante de sentenças judiciais, que geram um encerramento de qualquer debate acerca das questões decididas.

Não se pode esquecer, enfim, que alguns destes aspectos ora destacados constituem vantagens teóricas que, na prática, não se verificam com tanta intensidade. É impossível fechar os olhos para os problemas que assolam os poderes políticos como o distanciamento crônico que o Parlamento mantém diante da sociedade, a dificuldade de acesso de grupos não organizados a seus representantes, além de um crônico desapego pela defesa dos interesses coletivos que caracteriza a atividade legislativa.

Por outro lado, fica claro que no controle político preventivo de constitucionalidade reside um excelente instrumento capaz de assegurar a integridade constitucional, garantindo respeito à sua supremacia. Importante, assim, que seja reconhecido e valorizado, colocando-se ao lado do controle jurisdicional como mais um espaço para defesa da Constituição.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Poder Legislativo. in MENDES, Gilmar Ferreira et ali. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. in CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
GARCÍA-PELAJO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. 2. ed. reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2006.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. Que és una Constitución? Trad. Franz Mehring. Madrid: Cenit, 1931.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo Civil. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martisn Fontes, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Sécondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSILLON, Henry. Le Conseil Constitutionnel. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.